جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف
كلية العلوم القانونية والإدارية

الموضوع:

العقد الدولي بين التوطين والتدويل

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

من إعداد الطالب
☜ سعد الدين أمحمد

تحت إشراف
☜أ. د. الطيب زروتي

السنة الجامعية 2007 / 2008

جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف

كلية العلوم القانونية والإدارية

الموضوع:

العقد الدولي بين التوطين والتدويل

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

من إعداد الطالب

☜ سعد الدين أمحمد

تحت إشراف

☜أ. د. الطيب زروتي

لجنـة المنـاقشـــــــة

1 / الدكتور بلقاسم بوزانة رئيسا

2 / الأستاذ الدكتور الطيب زروتي مشرفا و مقررا

3/ الأستاذ الدكتور عمر سعد الدين عضوا

4/ الدكتور احمد سي علي عضوا

5/ الدكتور عبد القادر التقيرات عضوا

السنة الجامعية 2007 / 2008

5

" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"

صدق الله العظيم

الآية رقم(1) من سورة المائدة

شكر و تقدير

ألا إن شكر الله من سمات المؤمن، كما أن الشكر أمر واجب لأولي الفضل من خلقه ومن لم يشكر الناس جحد النعم ولم يشكر الله إذاً، والشكر في هذا المقام سوف يكون موجه خصيصاً إلى أستاذي الفاضل والفقيه الأستاذ الدكتور الطيب زروتي، أستاذي وقدوتي لتفضل سيادته بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة والذي كان لعظيم فضله وغزير علمه وسمو تواضعه، وحسن توجيهه وإرشاده، ما أعانني على إنجازها فحماه الله ورعاه وزاده بسطة في العلم والرزق وجزاه عني جزاء العلماء المخلصين .

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى العالم العظيم الأستاذ الدكتور عمر سعد الله القمة في الإنضباط واللامتناهي في الصرامة الذي يعود له الفضل بعد الله إلى تأسيس الفرع، والسهر الجاد على تكوين هذه الدفعة فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر كل الشكر للأساتذة الزائرين، المفكر الأستاذ الدكتور قادري عبد العزيز، والأستاذ الدكتور بوغزالة محمد ناصر، والدكتور البقيرات عبد القادر، والأستاذ محي الدين محمد،الذين تحملوا معاناة السفر ومشقته رغم كثرة مشاغلهم خدمة للعلم وفقط، أثابهم الله خير الثواب.

كما لا أنسى دائماً وأبداً الدكتور بلقاسم بوزانة أستاذي المخلص و رئيس المجلس العلمي ، فحفظه الله ورعاه وأدامه في خدمة العلم والعلماء، دون أن أنسى تقديم التحية والتقدير إلى كل أساتذتي في مرحلة التدرج خاصة منهم الأستاذ داوود إبراهيم، والأستاذ قردان لخضر الذي أكن له حباً عظيماً في الله.

هذا وأوجه ختاماً تحية خاصة إلى محافظ المكتبة المركزية خالد فلاح بالمركز الجامعي بخميس مليانة الذي جعل كل من مكتبته وعماله في خدمتي فجزاه الله كل خير وأدامه لخدمة المكتبة والطلبة .

إهـــــداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:

أمي، أمي، ثم أمي، الساكنة في قلبي دوماً وللأبد، الوحيدة التي زرعت في نفسي حب العلم وتقدير العلماء، وروح المسؤولية، داعياً الرحمان أن يجعل قبرها روضة من رياض الجنة، وأن ينقلها من ضيق اللحود إلى سعة القصور وأن يغفر لها ويرحمها ويسكنها فسيح جنانه.

إلى شقيقتي ورفيقة حياتي المخلصة لي على طول ح. أمينة.

إلى أحب الناس إلي وأقربهم: الأستاذ مبدوعة.ي، والأستاذ: بن عمر.ف والأستاذ بواط.م، وصديقي المحترم محمودي.ح، عبد الرزاق، بن رقية. أ ،وطهير.ع وحكيم، ومسن.م، وزنيني.م وزوجته، نزهة. خ، خدة. ف.

إلى زملائي جميعاً في الدفعة - أسرة الماجستير- متمنياً لهم المزيد من النجاح والتوفيق.

إلى كل من ينبض قلبه بالإسلام والعروبة ويحب الجزائر الحبيبة.

بقلم الباحث

سعد الدين

مقـــدمـــــة:

إن بحث موضوع العقد الدولي لاسيما من حيث القواعد القانونية التي تحكمه وطبيعتها ومصدرها، بل وحتى مدى ملاءمتها وقبولها من قبل مختلف دول العالم على إختلاف مستوياتها خاصة المادية هو موضوع أساساً يقتضي دراسة تحليلية[1].

فالتطور السريع للمجتمعات البشرية وكثافة المبادلات التجارية وتنوعها مـــن حيـــث الموضـــوع وتـــداخل العلاقات بين التجارة والنقد والتمويل والتنمية على الصعيد الدولي جعل العالم يعيش اليوم في شبكة كـــبيرة مـــن الإتصالات التجارية الدولية حيث تم تبادل السلع والخدمات وتنقل ورؤوس الأموال [2]، وإن هذا التطور في مختلف المجالات وعلى وجه التخصيص في العلاقات التجارية الدولية إقتضى بالضرورة تطوراً آخر موازياً وملائماً في المجال التشريعي؛ خاصة في النصف الثاني من القرن الماضي حيث إنتعشت الحركة التجارية عبر الحدود وإن بادرت تلك التطورات هو الحكم على منهج تنازع القوانين التقليدي بالقصور[3].

ثم إن الإتجاه السائد في ظل تفاقم المبادلات التجارية الدولية وما تثيره ظـــاهرة التـــدويل المتزايـــدة للنـــشاط الإقتصادي والعولمة من إشكالات قانونية لاسيما عدم ملاءمة نظام التوطين وما نجم عنه من مـــشاكل إقتـــصادية دولية، يسير نحو تحقيق قدر من التعاون الدولي من خلال مؤسسات دولية وهيئات متخصصة، ومن أجل إرســـاء أرضية تتضمن قواعد قانونية تحقق أدنى ما يمكن الإتفاق عليه بما يحفظ المصالح المشروعة لكل المتعاملين[4] فضلاً عن ضرورة مراعاة العدالة في تلك القواعد، خاصة بما يخدم الدول النامية المفروض عليها هذا النظام، والتي هي تسعى إلى التنمية الإقتصادية، في ظل تعدي المعاملات الدولية الحدود الوطنية [5].

هذا وإن كانت المعاملات التجارية الداخلية تقتضي عقداً لأنها تهدف إلى إحداث أثر قانوني في تبادل وتداول الثروات والخدمات، فإن ذلك الدور يتعاظم في ضوء القانون الدولي بحيث تعد العقود الدولية آداة تسيير التجـــارة الدولية والمبادلات الإقتصادية عبر الحدود، كما تتنوع تلك العقود بتنوع مواضيعها [6].

وإنه ونتيجة لهذا التغير المفروض وجدت الدول النامية نفسها مرغمة على إحداث تغييرات في محيطها القانوني الإقتصادي، وتعتبر الجزائر إحدى الدول حيث غيرت جذرياً محيطها القانوني الإقتـــصادي منـــذ أن بـــادرت في إصلاحات إقتصادية إنطلقت فيها سنة 1988 وذلك لإرساء قواعد ترافق وتواكب إقتصاد السوق هذا الأخـــير الذي فرضته الظاهرة المسماة "العولمة الإقتصادية"، إذ يعتبر البعد الاقتصادي هو البعد الرئيسي

---

[1] : د.محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية 2006، ص09.

[2] : د.صلاح الدين تايق، التجارة الدولية والتعاون الإقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، 1972 ص 02.

[3] : د.صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية 2005، ص 09.

[4] : د.محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 09و 10.

[5] : د. بن عامر تونسي، أسس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة جامعة القاهرة ،كلية الحقوق 1989 ص 3-9.

[6] :د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية 2001، ص 05.

للعولمة والتي تعتبر أساساً عملية اقتصادية، لاسيما إثر تعدد مظاهر العولمة الاقتصادية[1]. وأحسن إشارة عن ذلــك التغير هو دون شك إعتماد القوانين المنظمة للمؤسسات العمومية الإقتصادية والتي تهدف إلى تحويلها نحو هيئــات إقتصادية ذات نظام مستقل تسيرها قواعد التجارة في كل جوانبها الإقتصادية.

ومثل هذه التغيرات تؤدي بالضرورة إلى جعل العقد أو التصرفات الإرادية هي "أم قواعد اللعبة الإقتــصادية" خاصة وأن القانون ينص صراحة على جعل العقد قانون أو شريعة المتعاقدين[2] مما يساند ذلك مثل هذا الحل وهذا يقابله حدوث بالضرورة تراجع من قبل المشرع في سياسة التشريع الأحادي والإجبــاري والمركــزي في الحقــل الإقتصادي، لاسيما بعد أن تعددت المنظمات الدولية المعنية بتوجيه التجارة الدولية، من منظمات حكومية تتكون من عضوية ممثلين عن حكومات، وقد تكون على مستوى إقليمي أو عالمي، وقد تكون هــذه المنظمــات غــير حكومية، وتلعب منظمة الأمم المتحدة بالإضافة إلى دورها الأساسي في حفظ الأمن والسلم الدوليين وعن طريــق وكالاتها المتخصصة دوراً مهماً في الإقتصاد العالمي، وكذلك منظمة التجارة العالمية، بجانب العديد من الاتفاقيــات المتعددة والثنائية بين الدول[3].

إنه ولما كانت العقود الدولية تستقطب المجالات الهامة في الحياة الداخلية للدول كما تــستحوذ علــى جــل نشاطاتها الإقتصادية على الصعيد الدولي، كانت من الإهتمامات الأولى والأساســية للــسياسيين، والمتعــاملين الإقتصاديين والباحثين وكذلك المشرعين [4] وإن كان العقد الدولي لا يثير أية إشكالية في بعض المسائل لوضوحها أو لإتفاق المتعاقدين عليها فإن أكبر إشكال يطرحه العقد الدولي هو طبيعة القانون والنظام الخاضــع لأحكامــه، هل هو توطين العقد الدولي [5] بمعنى إخضاعه لقانون دولة معينة، وهنا تطرح إشــكالية المعيــار المعتمــد لــذلك الإحصاء، وغيرها من الإشكالات لاسيما يصبح هو والعقد الداخلي سواء حسب رأي الرافــضين للتــوطين، أم يجب تدويل العقد الدولي، وهنا نتسائل عن طبيعة ومصدر هذه القواعد التي ستحكمه وما مدى ملاءمتها بل أكثر من ذلك، هل هي توفر على الأقل قدراً ضئيلاً من العدالة والمساواة بين المتعاملين خاصة الدول النامية؟

إنه وحسب هذه المؤشرات الأولية، دلالة قاطعة على أن الموضوع معقد يقتضي الدراسة التحليلية المعمقة. بل هو مهم جداً ما دامت المعاملات التجارية تشكل عصب الحياة ، والعقد الدولي هو القالب الذي تصب فيه.

وهذا الأخير يجب أن يكون محبوك جيداً كما يجب أن تكون القواعد القانونية التي تحكمه على الأقل منــصفة بين أطرافه فضلاً عن وضوحها وملاءمتها المسبق على إبرامه.

---

[1] : فهناك التجارة الالكترونية، ومنظمات الــعمال الدولية، وظهور مصانع ومنتجات ذات طابع دولي، وظهور ما يسمى بعولمة الإنتاج والمنتجات من خــلال التجــارة الخارجيــة والاستثمارات الأجنبية المباشرة، وعولمة النشاط المالي حيث تمت عولمة البنوك . تفصيلاً في هذا راجع، د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدوليــة وســيادة الدولــة، دار الكتــب والوثائق القومية، 2005، ص 119 ومابعدها.

[2] :أنظر المادة 106 ق.م.ج.

[3] : لاحظ مثلاً نص المادة 13(أ) من ميثاق الأمم المتحدة ودور هده الأخيرة في التنمية، كذلك ديباجتها ونص المادة 55 من نفس الميثاق ...الخ. تفصيلاً في ذلك راجــع د. الــسيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، المرجع السابق، ص 90 ومابعدها.

[4] :د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 11.

[5] :يقصد بتوطين العقد الدولي : جعل قانون الإرادة بوصفه الأساس القانون الذي يهيمن على المبادلات التجارية الإقتصادية الدولية وقانون الإرادة هذا جعل منــه أنــصار التــوطين أساساً لتأميم قانون العقد، لتفصيل أكثر راجع في هذا الصدد ، مؤلف أستاذي.د.الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين مطبعة الكاهنة 2000، ص 227 وما بعدها.

إنه وبعد هذا التقديم يتضح جلياً أن العقد الدولي يتراوح في خضوعه بين التوطين المرغوب فيه وبين التدويل المفروض في ظل تغير آليات العلاقات الدولية، ولذلك يقتضي علينا هذا البحث طرح إشكالية أساسية تتمثل في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد الدولي؟ والتي تتفرع إلى عدة تساؤلات أهمها إثنان: **الأولى**: هل فكرة التوطين هي قاصرة كلياً لحكم العقد الدولي ، وأما **الثانية** هي مدى حقيقة ملائمة فكرة التدويل لحكم العقد الدولي وهل تم تحقيقها فعلاً.

سبب التسمية والبحث:

ترجع تسمية عنوان الرسالة "بالعقد الدولي بين التوطين والتدويل" إلى الأهمية المتزايدة التي أصبح العقد يحضى بها على الصعيدين الوطني والدولي خصوصاً في العشرينيات الأخيرة، حيث أصبح العقد الدولي يتعلق في الغالب بتنمية مصادر الثروة الطبيعية للدول المضيفة، ويمتد تنفيذها لفترة من الزمن قد تطول، ولقد ترجم هذا الإهتمام في صور إصدار تشريعات الإستثمار مثلاً وإبرام الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وضمان المستثمر الأجنبي، والإنضمام إلى الإتفاقيات الإقليمية والجماعية التي تبرم في هذا الصدد[1] لاسيما وأن العقد الدولي وخصوصاً عقود الإستثمار تعتبر أول من ثار بشأنها قضايا التحكيم، وكذلك المعارك الفكرية القانونية بخصوص إقصاء التوطين وإعتماد التدويل والثبات التشريعي وجعل القانون إحتياطي، وإعتماد المصطلحات التجارية...إلخ.

هذا فضلاً عن أن هذه العنوان وبهذا التحديد يعكس فعلاً وجود نقلة نوعية وصراع فكري بين الفقه المؤيد لمسألة التوطين والرافض لها أي المؤيد لفكرة التدويل، بل أبعد من ذلك وبكل دقة يعكس بعض المقاصد العميقة والبعيدة المدى التي يهدف الوصول إليها كل طرف خاصة لما يتم العقد بين طرف ضعيف يسعى للتنمية وآخر قوي لا يهمه سوى الربح.

سبب الدراسة:

إن السبب الجدي الذي دفعني لبحث هذا الموضوع هو المركز الذي يحتله العقد الدولي في النظام القانوني بحيث يتوسط بين نظام التوطين من جهة ونظام التدويل من جهة أخرى وإن أود من هذا البحث المتواضع تحديد الكفة الراجحة والملائمة لحكم هذا العقد وهل هذا الغموض الحاصل هو مرده تعقيد العقد الدولي في حد ذاته أم إلى عوامل سياسية أخرى؟ وإن هذا الإحتمال الأخير هو الأقرب إلى الصواب فما هي دوافع ذلك؟.

أما السبب الآخر الدافع للبحث هو الغلو في مبدأ سلطان الإرادة، فأود من خلال هذا البحث التوصل إلى نتيجة مفادها هل منح المشرع لإرادة الأطراف المتعاقدة دوراً مهماً في العقد يعني إقصاء القانون كلياً أم هي مجرد ضابط إسناد فقط؟

والسبب الأخير هو محاولتي الفصل في الموضوع وبكل موضوعية بين الفكرتين بحيث أصبح التوطين وبالتحديد نظام الإسناد التقليدي عاجز وإن كان بشكل غير كلي لحكم العقود الدولية وبالرغم من أنه ضمانة

[1] :د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية 2001، ص 05.

للدول النامية، ومن جهة أخرى أقول أن نظام التدويل وإن كان قد يتلاءم مع مواضيع العقـــد الـــدولي إلا أنـــه مفروض من جهة وهو في طور التكوين من جهة أخرى.

منهج الدراسة:

إن المنهج المتبع في البحث هو ولاشك المنهج المقارن حيث كان يتعين المقارنة بين وضع القانون الدولي قبـــل إزدهار حركة المعاملات الإقتصادية عبر الحدود في الآونة الأخيرة وبعد حصول هذا التطور للوقف عـــن مـــدى التطور الذي حصل ولحق بأحكام هذا القانون من جراء ذلك حتى يواكب هذا التطور، وإن كنت أميل أحياناً إلى التحليل والتأصيل إذ إقتضت طبيعة الدراسة ذلك في بعض المواطن.

تقسيم الرسالة:

إنه ونتيجة لأهمية الموضوع وتشعب مسائله الفرعية إرتأيت وبعد الدراسة المستفيضة في صلب الموضـــوع أن أقسم هذه الرسالة إلى ثلاثة فصول أعالج من خلالها فكرتين أساسيتين هما: توطين العقد الدولي وحقيقة تدويلـــه، ولهذا الغرض كانت الفصول الثلاث على الشكل التالي:

الفصل الأول: مفهوم العقد الدولي وإمكانية توطينه.

الفصل الثانـــي: المتعاقدون وأزمة قانون الإرادة-ذروة أو إستفحال أزمة التوطين.

الفصل الثالث: حقيقة تدويل العقد الدولي.

طبعاً مع تقسيم هذه الفصول إلى مباحث ومطالب وفروع بعناوين تفي بغرض موضوع البحث.

الفصل الأول: مفهوم العقد الدولي وإمكانية توطينه:

إن ضبط مفهوم العقد الدولي يشكل ضرورة لابد منها لما يتمتع به هذا العقد من أهمية خاصة بحيث يحتل العقد مكانة الصدارة في النظم القانونية المختلفة سواء كان العقد وطنيا أو دوليا على وجه الخصوص، فهو المرتكز الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي، كما يلعب دوراً هاماً في تنظيم العلاقات بين الأشخاص، ومن خلاله تنشأ الغالبية العظمى من الحقوق والإلتزامات وتستقر به المراكز القانونية المختلفة [1] ، لذلك تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة ومتطورة في التشريعات المعاصرة، كما تتردد أصداؤها في جنبات القضاء والدراسات الفقهية، فالمشرع الجزائري مثلاً كان على نهج التشريع الفرنسي والقوانين العربية التي حذت حذوه ليجعل من العقد أهم مصدر للإلتزام ولذلك خصه القانون المدني الجزائري بسبعين "70" مادة [2] من خلال الفصل الثاني من المادة 54 إلى 123 من القانون المدني الجزائري.

هذا وإن العقود الدولية تتنوع بتنوع مواضيعها فإلى جانب العقود الدولية في مجال البيع والعمل والتأمين [3] ظهرت عقود أخرى لمواكبة مناخ الإستثمار والتنمية الإقتصادية والمعاملات الإلكترونية كعقود نقل التكنولوجيا والتعاون الصناعي والتجارة الإلكترونية وغيرها [4].

وإن كان العقد هو إتفاق، فهو إذاً تلعب فيه إرادة المتعاقدين دوراً مهماً جداً سواءً قبل وأثناء الإنعقاد وخاصة في إختيار القانون الواجب التطبيق عليه أي سعي هذه الإرادة إلى تأميم قانون العقد الدولي، هذا فضلاً عن الأنانية الوطنية عند التكييف لتطبيق القانون وفصل النزاع المعروض على القضاء، مثلاً راجع المادة 09 من القانون المدني الجزائري والمادة 18 من القانون المدني المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وإن هذا التسامح وعدم إحتكار الدولة لخلق القواعد القانونية هو الذي أرسى بل أكد في بعض الأحوال ضرورة توطين العقد الدولي أي إخضاعه لحكم قانون دولة معينة إستناداً في ذلك إلى بعض ضوابط الإسناد، كالجنسية أو المواطن أو محل الإبرام...إلخ.

هذا ولأهمية الفصل في تحديد معالم العقد الدولي وإبراز إمكانية توطينه إرتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مباحث هي على التوالي:

المبحث الأول: تحديد العقد الدولي.

المبحث الثاني: قانون الإرادة وتأميم قانون العقد الدولي.

المبحث الثالث: الأشكال الموضوعي لقانون الإرادة، ميلاد أزمة التوطين.

---

[1] :د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007 ص 07 وما بعدها.

[2] : لمزيد من التفصيل راجع المرحوم .د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 07، 2006، ص 08 وما بعدها.

[3] :لتفصيل أكثر في هذا النوع من العقود راجع: Vin Centheuze.

La Vente internationale de marchandises droit un forme .L.G.D.J

[4] :لتفصيل أكثر في هذا النوع من العقود راجع مؤلف، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، المرجع السابق وكذلك مؤلف د. صالح المتزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجية والإلكترونية، دار الجامعة الجديدة 2006.

المبحث الأول: تحديد العقد الدولي:

إنه وقبل تفصيل هذا المبحث نشير إلى بعض التفاصيل التي تهمنا في البحث، ولعل أهمها هو تحديد المقصود بالعقد لغة وإصطلاحاً.

فأما **المعنى اللغوي** للعقد فأصل العقد في اللغة هو الربط والوصل ويأتي هذا المعنى من " عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبال ببعضها أي إذا وصل به شدا ومنه يقال عقد فلان بينه وبين فلان عقداً وفي هذا المعنى يأتي قول الشاعر العربي الحطيئة:" أولائك قوم إذا بنو أحسنوا البنا وإن عاهدوا أوفوا وإن عاقدوا شدوا"[1]. ويأتي العقد بمعنى العهد [2]، ويقول الدكتور **عبد الرزاق أحمد السنهوري** أن لفظة عقد إستعملت حديثاً لتعويض لفظة عهداً "Pact"، هذا وإنه إلى وقت قريب كان الإئتمان في القوانين قائم على العهد أو ما يعبر عنه كلمة الرجال Parole d'hommes. [3]

أما عن **المعنى الإصطلاحي** للعقد، فهو يفيد على الصعيد الداخلي معنى التصرف القانوني القائم على توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء إلتزام أو تعديله أو إنهائه [4] أو هو عموماً توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إلتزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل[5].

هذا ولقد إهتم المشرع الجزائري بتحديد مفهوم العقد في القانون المدني [6] إلا أن الملاحظ في مجال التعاقد الداخلي أن هناك علاقة وطيدة بين القانون والعقد، فصلة الترابط بينهما جلية الوضوح حتى وإن تم إعمال مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين [7] فهل هذا ينطبق على العقد الدولي.

ولتحديد العقد الدولي تحديداً دقيقاً إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب متتالية بحيث خصصت **المطلب الأول** إلى مفهوم العقد الدولي فقهاً. و **المطلب الثاني**: إلى موقف القضاء من العقد الدولي وفي **المطلب الأخير** تطرقت إلى تنوع العقود الدولية وأهمية التميز.

---

[1] : لسان العرب، قاموس معد على قرص مضغوط من إنتاج فلييس في 1994/12/19.

[2] : أنظر قول الله تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" ولقد فسر أبو جرير الطبري العقود بأنها عهود.

[3] :أنظر د. محمودي مسعود، المرجع السابق ص 19.

[4] : أنظر د. محمودي مسعود، المرجع السابق ص 20، وكذلك علي علي سليمان، المرجع السابق ص 10 وما بعدها.

[5] : د. عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، ط 2001، ص 05 وما يليها.

[6] : لاحظ المادة 54 من ق.م.ج الصادر بموجب الأمر 58/75 المعدل بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[7] : لاحظ نص المادة 106 من ق.م.ج.

المطلب الأول: مفهوم العقد الدولي فقهاً:

إن العقود بوصفها تعبيراً عن إرادتين أو أكثر لإحداث آثار معينة يمكن تصنيفها على النحو الموالي:

- عقد يبرم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص ويتركز بكافة عناصره في نطاق قانون داخلي واحد هذا العقد هو من عقود القانون الخاص الداخلي.
- عقد يبرم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام بوصفهم كذلك، فهنا نكون بصدد إتفاقية أو معاهدة دولية.
- إتفاق يكون أحد طرفيه على الأقل من أشخاص القانون العام وتعاقد بوصفه سلطة عامة فهذا هو العقد الإداري[1].
- إتفاق بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص ويتجاوز بطبيعته القانونية والإقتصادية حدود نظام قانون داخلي أو يقع في ذات الظروف مع شخص من أشخاص القانون العام الداخلي أو مع أشخاص القانون الدولي لا يظهران في العلاقة التعاقدية بوضعهما سلطة عامة داخلية أو دولية هذا هو العقد الدولي [2].

هذا ولقد إعتمد الفقه في تعريفه للعقد الدولي على معيارين مهمين هما المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي، وهو ما سنوضحه من خلال هذا المطلب في فرعين على التوالي ونخصص فرع ثالث للجميع بين المعيارين.

الفرع الأول: المعيار القانوني ونقده:

في الحقيقة هناك جملة من الفقهاء عرفوا العقد الدولي إستناداً إلى هذا المعيار[3] ويقوم هذا الإتجاه على فكرة أساسية مؤداها أن العقد يعد دولي إذا إتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد [4] وحتى نعرج على هذه المسألة بشكل كامل يتعين علينا الإشارة إلى الإتجاه التقليدي الذي إستقر منذ القديم على إعتناق المعيار القانوني كأساس لتحديد دولية العقد **أولاً** ثم نقده، **ثانياً**.

أولاً: أنصار المعيار القانوني:

وحسب هؤلاء الفقهاء يعد مثلاً عقد البيع دولياً إذا أبرم في باريس بين فرنسي مقيم بها وجزائري مقيم بالجزائر وتعلق ببضاعة موجودة في إيطاليا ومطلوب تسليمها هناك على أن يتم دفع الثمن في فرنسا، فهو عقد دولي لإتصال عناصره بثلاث دول أي بأكثر من نظام قانوني واحد.

---

[1]: راجع مؤلف د. علي علي سليمان، المرجع السابق، البند الثامن من البحث الثاني ص 26 وما بعدها.

[2]: لمزيد من التفصيل أنظر رسالة أستاذي د. زروتي الطيب، النظام القانوني للعقد الدولي في القانون الجزائري المقارن، أطروحة جامعة الجزائر كلية الحقوق 1990-1991.

[3]: مثلاً: الفقيه: باتفول، هشام علي صادق، P.Mayer...إلخ، إنظر في ذلك د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 20 و ما بعد.

[4]: لاحظ. د. هشام صادق عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية- دار المطبوعات الجامعية 2007 ص 72.

وعلى ذلك فإنه يتعين للقول بدولية العقد أن نكشف عن مدى إحتواء عناصره القانونية على الصفة الأجنبية، بحيث إذا إتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع فإنها تكتسب على هذا النحو الطابع الدولي [1].

إلا أنه وإن كان أنصار هذا المعيار قد إتفقوا على ضرورة إتصال عناصر الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد إلا أنهم إختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على إتسام هذه الرابطة بالطابع الدولي [2].

فأما الفقه التقليدي يميل إلى التسوية بين تلك العناصر بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها أي إما أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو واقعتها المنشأة إلى إكتساب العقد الطابع الدولي [3].

أما الفقه المعاصر المؤيد لهذا المعيار يفضل التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية، بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة [4]، وهذه الفكرة جاءت لتقليل من حدة النقد الموجه لهذا المعيار ووصفه بالجامد.

بل وإن تحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية[5]، فإن كانت جنسية المتعاقدين لا تعد كما هو جلي معيارا حاسماً لإضفاء الصفة الدولية على عقود المبادلات التجارية فإن الأمر يختلف في عقود الأحوال الشخصية [6]، وفضلاً على هذا فلقد ذهب الفقيه Mayer إلى التمييز بين ما سماه بالدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى وذلك من أجل تحديد دولية العلاقة القانونية.

إنه وإستناداً إلى ما تقدم نجد الفقه إعتمد هذا المعيار لتعريف العقد الدولي، ولا بأس أن نشير في هذا الصدد إلى البعض منهم.

يعرف الفقيه **باتفول** العقد الدولي على أنه العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد من حيث العناصر الضرورية. لإنعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان وجود الشيء محل العقد.

بينما يعرفه الأستاذ هشام علي صادق على أنه هو العقد الذي يتضمن عنصر أجنبي سواءاً تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو تنفيذه أو بموضوعه أو أطرافه.

---

[1] : ويترتب على ذلك بمفهوم المخالفة أنه لو إتصلت كافة عناصر الرابطة بدولة واحدة فإن طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى – بناءاً على فكرة الخضوع الإختياري لهذا القضاء، لا يفيد حسب تقديري دولية العقد في هذا الغرض لسبب بسيط هو إتصال عناصره بنظام قانوني واحد.

[2] : د. هشام صادق، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

[3] : حسب هذا الرأي يعد العقد الدولي فيما لو كان أطرافه أو أحدهما ممتعاً بجنسية أجنبية أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، كما يعد كذلك أي دولياً حسب هذا المعيار لو كان المال محل التعاقد كائناً في دولة أجنبية أو كان العقد قد أبرم أو نفذ في غير دولة القاضي ، لمزيد من التفصيل راجع:
Jean michel Jacquet, le contra international, P 6 Pommierop, cit p143.

[4] : أنظر لتفصيل أكثر د. أحمد القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد 21 لسنة 1965 ص 63 وما بعدها.

[5] : لاحظ Jean Michel حيث يشير إلى أن إتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع قد إعتبرت أن عقد البيع دولياً إذا كانت دولة إقامة البائع تختلف عن دولة إقامة المشتري، ولتفصيل أكثر في هذا إرجع إلى المؤلف Vincentheuze، مرجع سابق ص 120 وما يليها وكذلك لاحظ نص المادة 01 من إتفاقية فينا في 11 أفريل 1980 حول عقود بيع السلع الدولي.

[6] : إذ أن عقود الأحوال الشخصية لا تدخل ضمن القعود الدولية.

وتعرفه الأستاذة حفيظة السيد الحداد بأنه هو العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبيا مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه وتضيف لتقول أن في هذه الظروف وحدها تثور مشكلة التنازع التي تتفق التشريعات على حلها بتخويل المتعاقدين حق إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبروم بينهما لاسيما وأن أغلب التشريعات بما فيها القانون الجزائري يولي للإرادة إهتمام[1].

ثانيــاً: النقد الموجه لهذا المعيار:

لقد تعرض هذا المعيار بالرغم من سعي أنصاره إلى تلطيفه إلى إنتقادات أهمها:

1- يتّسم المعيار القانوني لدولية العقد وفقاً لهذا المعنى بالجمود لأنه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة[2] وبمعنى آخر فإن العنصر الأجنبي في العلاقات القانونية ليس كافي لإضفاء الطابع الدولي بسببه عليها لأنه قد يكون سلبياً، فإجراء بسيط لا يستدعي تحريك قواعد العقد الدولي "الصفة الأجنبية ليست قرينة على دولية العقد[3]".

2- إن العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية الدولية من السهل إفتعاله غشاً نحو قانون آخر قد يكون هو المختص أصلاً.

3- إن الصفة الأجنبية قد تكون عارضة وغير مؤثرة في العلاقة القانونية.

4- حسب المعيار القانوني هناك عدة نقاط إرتكاز قانونيا مثلا الجنسية، الموطن، محل وجود المال...إلخ ، يجب التمييز بينها وتحديد المؤثرة منها عن الإحتياطية حسب ما أشار إليه لفقيه Mayer، ولكن رغم ذلك فإننا نجد نصوص القانون أحياناً لا تحدد تلك الأهمية [4].

الفرع الثانــي: المعيار الإقتصادي ونقده:

إلى جانب المعيار القانوني المعتمد من قبل أنصاره لتدويل العقد وجد المعيار الإقتصادي هو الآخر كوسيلة لتحديد متى يكون العقد دولي، ولا نغالي إن قلنا أن ميلاد هذا المعيار يرجع إلى الثلث الأول من القرن 20 وبالتحديد إلى جهود محكمة النقض الفرنسية [5].

وقد كان من الطبيعي أن تحدد محكمة النقض المقصود بالعقد الدولي وذلك عن طريق القواعد التي كانت تقيمها والمطبقة على تلك العقود خصيصاً والهادفة إلى تحقيق مصالح تتعلق بالتجارة الدولية ومن هذا المنطق

---

[1] : لاحظ أ.د. حفيظة السيد الحداد الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية 2003 ص 407.

[2] : لتفصيل أكثر راجع مؤلف الدكتور، أحمد القشيري مرجع سابق ص 75 وكذلك مؤلف الدكتور همام صادق، المرجع السابق ص 74 و75.

[3] : لاحظ أطروحة أستاذي د. زروتي الطيب، مرجع سابق، ص48 وما بعدها.

[4] : وإن كانت المادة 18 من ق.م.ج بعد التعديل بموجب ق 10/05 قد أعطت بعض الأولوية لتلك نقاط الإرتكاز القانونية، مع إشتراطها ضرورة وجود صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد بالنسبة للقانون المختار وهذا ما ميز تعديل هذه المادة حسب رأي.

[5] : راجع د. هشام صادق، المرجع السابق ص104.

وحسب هذا المعيار العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية[1]، أي الذي ينطوي على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة، بمعنى تترتب عليه نتائج متقابلة لعملية المد والجزر فيما وراء الحدود [2].

والملاحظ هنا هو أن كلمة التجارة الدولية عند أنصار هذا المعيار تأخذ بالمفهوم الواسع أي لا تتقيد بشأنها بالتصنيف الضيق الداخلي للأعمال التجارية والمدنية بل تشمل مثلاً إسترداد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دول أجنبية كذلك تشمل عمليات الإنتاج الصناعي وتبادل الثروات وعمليات بناء المنشآت القاعدية وعقود نقل التكنولوجيا والإمتياز...إلخ.

وحسب أنصار هذا المعيار [3] أن العناصر القانونية مثل الجنسية، والموطن ومحل وجود المال...إلخ، قد تكون فاعلة فتأخذ وتقبل وقد تكون عديمة الجدوى فتهمل، بمعنى هناك تكامل بين المعيار الإقتصادي ونقاط الإرتكاز المهمة في المعيار القانوني.

هذا ويذهب أنصار المعيار الإقتصادي للقول بأن توافر المعيار الإقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى إكساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني، لكن العكس غير صحيح[4] وبهذا يمكن القول أن المعيار القانوني في دولية العقد أوسع من المعيار الأقتصادي[5]، و قد لقي هذا المعيار نقدا شديدا.

نقد المعيار الإقتصادي:

أول نقد وجه لهذا المعيار هو الحكم عليه بالضيق أي أنه معيار ضيق والسبب في ذلك هو أنه لا يأخذ بعين الإعتبار مختلف نقاط الإرتكاز القانونية، وبذلك قد ينفي الصفة الدولية عن كثير من العقود المرتبطة قانوناً بأكثر من نظام قانوني واحد [6].

عاب بعض الفقه على التعريف الذي قدمه أنصار المعيار الإقتصادي للعقد الدولي بالغموض وعدم التحديد فهو تعريف أقرب إلى كونه مؤشراً لدولية العقد منه تعريفاً محددا قابلا للتطبيق في الواقع العملي، وهذا خلافاً لما رأيناه بالنسبة للمعيار القانوني والذي يبدو أكثر وضوحاً وتحديداً[7].

يرى البعض أن المعيار الإقتصادي لم يأت بالجديد فدولية العقد تحققت للعقد حسب هذا المعيار لتعلقه بمصالح التجارة الدولية وهي نفس النتيجة التي يمكن أن ننتهي إليها إذا أخذنا بالمعيار القانوني لاسيما وأن العنصر المؤثر في عقود المعاملات المالية محل التنفيذ وهو عنصر تطرقت إليه الصفة الأجنبية بحسب ما سيكون[8].

---

[1] : أنظر د. هشام صادق، المرجع السابقن ص 104، 105

[2] : راجع كذلك أطروحة أستاذي، د. زروتي الطيب، مرجع سابق، ص28 .

[3] : ومن بينهم مثلاً: Philippe Foucharol و J.Mestre،...إلخ.

[4] : بمعنى إذا كان توافر المعيار الإقتصادي يفضي لزوماً إلى تحقق المعيار القانوني فالعكس غير صحيح إذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الإقتصادي لدولية هذه الرابطة.

[5] : أنظر د. هشام صادق، المرجع السابق ص 112.

[6] : أنظر رسالة أستاذي، د. طيب زروتي، المرجع السابق ص30.

[7] : أنظر مؤلف د. هشام صادق المرجع السابق، ص 106.

[8] : أنظر د. احمد القشيري، المرجع السابق ص 78.

الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين:

يتجه القضاء الفرنسي الحديث إلى الجمع بين المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي عند التصدي لمـــدى دوليـــة العقد[1] بحيث لا يكتفي هذا القضاء عند تقرير دولية المعاملات المالية بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في العلاقـــة التعاقدية (المعيار القانوني) وإنما يحرص أيضاً على تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الإقتصادي).

والملاحظ هو أن إنتهاج مسلك الجمع بين المعيارين يترتب عنه بالضرورة التضييق من معيار دوليـــة العقـــود بحيث لا يؤدي مجرد تضمنها لعنصر أجنبي إلى إعمال قواعد القانون الدولي وإنما يتعين لهذا الإعمال أيضاً أن تهدف العملية العقدية إلى إنتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود.

هذا ونخلص مما قدمناه إلى أن القيمة الحقيقية للأخذ بالمعيار الإقتصادي في مجال عقود المعاملات الماليـــة هـــي إضفاء الطابع المؤثر للعنصر أو العناصر الأجنبية التي تطرقت إلى العقد فجعلته على هذا النحو دولياً لإرتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد (المعيار القانوني المضيق).

وهكذا يبقى هذا المعيار الأخير حسب إعتقادي هو الأصل الذي يتعين الإعتداد به لتقرير دولية العقود بصفة عامة، وبهذه المثابة تصبح التفرقـــة بين العناصـــر الفاعلة و غير المؤثرة هي الأســـاس الصحيح لدولية الرابطـــــة العقدية، خاصة وأن المعيار القانوني المضيق على هذا النحو لا يصح فقط معياراً لدولية العقود المالية وإنما يعد أيضاً أساساً لإلحاق هذه الصفة على كافة العقود أياً كانت طبيعتها.

هذا ولقد إعتمد الفقه الجمع بين المعيارين في تعريف العقد الدولي، ليقول أن العقد الدولي هو الذي يـــرتبط بأنظمة قانونية مختلفة لتعلقه بالتجارة الدولية [2]وهذا التعريف يستبعد التصرفات اليومية البسيطة التي لا تـــصل إلى درجة التأثير إقتصادياً على التعامل الدولي، وكذلك إستبعاد العقود ذات الصفة الأجنبية وغير المالية.

وإنه من الواضح أن المعيار الإقتصادي يلتقي مع معيار الرأسمالي الذي يصلح كأساس لتحديد مضمون عقـــود التجارة الدولية فإذا كان هذا الأخير يأخذ من تداول القيم، والأموال ودورانها كنقطة إنطلاق لتصنيف الأعمـــال إلى الرأسمالية وغير الرأسمالية فإن المعيار الإقتصادي يعتمد بالدرجة الأولى على هذه الحركة ومـــدى إنتقالهـــا أو تجاوزها عبر الحدود، وهكذا يتلاءم هذا المعيار مع تطورات الحياة الإقتصادية الدولية لاسيما بعد أن أصبح هـــذا التغير والتطور مفروضا [3] من جهة ومن جهة أخرى حصول تراجع ملحوظ في المعيار القانوني فعناصـــر إلتقـــاء الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني على الرغم من تعددها ليست على درجة واحدة من التأثير لذلك يـــتعين أن يكون العنصر فعال ومؤثرا وكافيا بذاته لهذا الإسباغ[4] و بالتالي إن الجمع بين المعيارين هو أمر مؤكد.

---

[1] : وهذا ما إنتهت إليه أيضاً الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرومة في جنيف 1961 حيث جمعت بين المعيار الإقتصادي لدولية العقد المرتبطة بمصالح التجارة والمعيـــار القانوني المستمد من إختلاف محل إقامة الطرفين لتنتهي إلى دولية العقد ومنه دولية التحكيم، راجع Pommier مرجع سابق، ص 248.

[2] : لاحظ أطروحة أستاذي، د. زروتي الطيب، مرجع سابق ص 64، وكذلك محاضراته الملقات على طلبة الماجستير فرع قانون دولي وعلاقات دولية لسنة 2006/2005.

[3] : لاحظ د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية دار الجامعة الجديدة ط 2007، ص 57.

[4] : أنظر د. والفقيه محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية 1997، ص 2 وما بعدها.

المطلب الثانـــي: موقف القضاء من العقد الدولي:

بعد أن بينا أن هناك معيارين لتدويل العلاقة التعاقدية وإستخلصنا في نهاية المطلب الأول من هـــذا المبـــدأ إلى نتيجة مفادها تراجع المعيار القانوني تدريجياً وضرورة التضييق منه وكذلك قصور المعيار الإقتصادي رغـــم أهميتـــه ومواكبته للتغيرات الدولية، وهذا ما يجعلنا نرجح فكرة الجمع بين المعيارين لأكثر من ضرورة، و عليه فإننا نحاول من خلال هذا المطلب الوقوف عن موقف القضاء سواءاً التحكيم الدولي أو القـــضاء الفرنـــسي مـــن إعمـــالهم للمعيارين ومن ثم تحديد العقد الدولي، ولهذا نناقش موقف التحكيم الدولي في فرع أول وفي فرع ثـــاني موقـــف القضاء الفرنسي.

الفرع الأول: موقف التحكيم الدولي:

يعتبر التحكيم بأنواعه وسيلة أو آلية مهمة بل أضحت الرائجة في حل النزاعات وهو بذلك جهـــاز مـــوازي للقضاء لاسيما وأنه إستحوذ في العصر الحديث على أهم القضايا وأضخمها من حيث رأس المال.

هذا وبالنظر إلى بعض القضايا التي عرضت على غرفة التحكيم الدولية مثلاً نجد أن التحكيم إعتمـــد معـــايير لتكييف طبيعة العقد من حيث هل هو دولي أم لا. وما يلاحظ مبدئياً هو أن تعريف العقد مرتبط بدولية التحكيم خاصة وأن هذا الأخير يختص بالمنازعات الناجمة عن عمليات التجارة الدولية، ومن القضايا الـــتي فـــصل فيهـــا التحكيم نذكر على سبيل المثال لا الحصر[1].

عقد توريد لحم الحمير من شركتين سويسريتين إلى فرنسا، ثار النزاع بسبب إمتنـــاع الـــشركة المتعهـــدة بالإسترداد بحجة أن محل العقد غير مشروع في فرنسا، ولما عرض النزاع على غرفة التحكيم قالت: "إن البيع الذي يمس بمصالح التجارة الدولية يشكل عاملاً مهماً لإضفاء الطابع الدولي عليه"، أي إعتبرت العقد دولي على أســـاس المعيار الإقتصادي[2].

قضية تأميم ليبيا للبترول سنة 1972 الذي تم على مراحل، فأممت شركتين أمريكيتين دون تعويـــضهما، ثم تراجعت لتقترح عليهم تعويضا فرفضتا، والملاحظ عن هذا العقد أنه إمتياز على البترول مرده إلى قـــانون 1969 الذي ينص في أحد بنوده أن كل نزاع يثار حوله يحل عن طريق التحكيم، لاســـيما وأن الـــشـــركتين إعتـــبرت التأميم تعســـفي، ولما عرض النزاع على غرفة التحكيم أقرت هذه الأخيرة بدولية العقد سواءاً إستناداً إلى المعيـــار الإقتصادي لكونه يمس بمصالح التجارة الدولية أو إستناداً إلى المعيار القانوني لأنه يتضمن عناصـــر إســـناد مـــثلاً الجنسية.

أيضاً نجد الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرومة في جنيف سنة 1961 جمعت بـــين المعيـــارين لدولية العقد[3].

---

[1] : لمعرفة وقائع هذه القضايا بالتفصيل راجع أطروحة أستاذي، د. زروتي الطيب، المرجع السابق ص17، هذا ولقد أخذت محكم الإستئناف الفرنسية ببـــاريس في حكمهـــا ســـنة 1980/12/06 بأن العقد دولي مستندة إلى المعيار الإقتصادي.

[2] : راجع نفس وقائع القضية في مؤلف د.هشام صادق، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها.

[3] : لتفضيل أكثر راجع مؤلف د. هشام صادق، مرجع سابق ص 116.

ولو كان لنا أن نقول في ما يخص موقف التحكيم الدولي من المعيارين لإسباغ العقد بالدولية لقلنا أن قضاء التحكيم الدولي يميل إلى تبني المعيار الإقتصادي الذي يتفق مع مصالح التجارة الدولية إلا أنه لا يهمل عناصر المعيار القانوني لاسيما المؤثرة منها ولكن بدرجة أقل.

الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي:

هناك جملة من القضايا التي عرضت على القضاء لاسيما الفرنسي وفيها فصل هذا الأخير في دولية العقد المعروض عليه من عدمه وهذا طبعاً إستناداً إلى معايير، ومن تلك القضايا نذكر:

- **قضية هشت Hecht** والتي قضت فيها محكمة باريس في قرارها الصادر في 19 جوان 1970 بما يلي:"يعتبر دولياً العقد الذي يرتبط بعدة معايير قانونية مصدرها دول متعددة" وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار في 04 جويلية 1972[1].

وتتلخص قضية بويسمان هشت Buisman Hecht فيما يلي: أبرمت شركت Buisman مع السيد Hecht الفرنسي الجنسية عقد توكيل تجاري يتولى بموجبه تسويق منتجات الشركة بفرنسا ولحسابها مع شرط إخضاع المنازعة المحتملة لتحكيم الغرفة التجارية الدولية وبالفعل حصل نزاع ورفع Hecht أمام المحكمة التجارية القضية مطالباً بفسخ العقد والتعويض، دفعت الشركة بعدم إختصاص المحكمة فأجابتها إلى ذلك وأيدت القرار محكمة الإستئناف بباريس.

- **قضية Clbouriontradeu** : قضت نفس المحكمة في 1977/07/08 وتبنت نفس المعيار وإعتبرت العقد دولياً لإرتباطه بمعايير قانونية [2]، وتعقيباً على هذا الحكم إستنتج الفقهاء المهتمين بهذا الميدان "أن القضاء تبنى من خلاله المعيار القانوني وحده...وأصبح إذا تكييف العقد الدولي يرتكز على مجرد معطيات قانونية محضة"[3].
- وإلى هذا الإتجاه ذهب P.Mayer، حيث إعتبر العقد الدولي هو العقد الذي ترتبط أهم نقاط تركيزه بأنظمة قانونية مختلفة.

وكذلك الدكتور أحمد القشيري ذهب إلى أن العقد الدولي هو العقد الذي يثير القواعد والعلاقات والأنظمة التي تتجاوز إطار القانون الداخلي.

وأعتقد أن منطلق أصحاب هذا الإتجاه هو هيمنة المعيار القانوني وتغليبه وتركيز العقد حوله خاصة وأن أهم عناصره إعتمدها مختلف التشريعات كضوابط إسناد يلجأ إليها القاضي بعد التكييف[4].

---

[1] : راجع مؤلف د. محمودي مسعود، مرجع سابق ص 22، والملاحظ في قضية هشت هو أن المحكمة ركزت على المعيار القانوني لاسيما وأنها إعتمدت جاد على مكان الإبرام وجنسية الطرفين.

[2] : أنظر لتفصيل أكثر د. لعشب محفوظ، التحول الإشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الإستثمار، أطروحة جامعة الجزائر معهد الحقوق 1988 ص 296، وكذلك محمد جبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة جامعة الجزائر معهد الحقوق 1988 ص 25.

[3] : أستاذي د. زروتي الطيب، أطروحته مشار إليها سابقاً ص 14 وما بعدها.

[4] : لاحظ المادة 09 من ق.م.ج، المتعلق بالتكييف وبعض المواد الموالية مثلاً 10، 13، 16، 18،...إلخ المتضمنة نقاط إرتكاز كالجنسية والموطن...إلخ.

هذا وإن كان القضاء في القضايا السابقة إستند إلى المعيار القانوني لإسباغ الدولية على العقد، فإنه إعتمد المعيار الإقتصادي في قضايا أخرى ومن تلك القضايا نذكر:

الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1967/05/17 و الذي أضفت محكمة النقض الفرنسية صفة الدولية على التسوية المالية Le nancier le règlement للعلاقات والتصرفات التجارية التي يتم من خلالها عبر الحدود تدفق وفيض في السلع والتي يذر عائدها أيضاً تدفق في الأموال والقيم.

وفي القضية المعروفة بقضية زباتا أنتروستر الألمانية Interwester zabata، قضت المحكمة العليا للولايات الأمريكية في 1972/06/12 بأنه يجب عدم التمسك بطرح كل المنازعات أمام المحاكم للفصل فيها وفقاً للقوانين الأمريكية فمثل هذا العمل تتولد عنه حواجز تعرقل تطور التجارة الأمريكية.

إن مثل هذا المفهوم في القضية الأولى والتوجيه في القضية الثانية يقوم على فكرة وأساس إقتصادي كما يقوم على فكرة التبادل الدولي الموسع، تأسيساً على ذلك فإن العقد الدولي هو العقد الذي "يتعلق بمصالح التجارة الدولية" و "يندرج ضمن شؤون التجارة الدولية" [1].

من هذا المنظور فإن الصفة الدولية للعقد تترتب بالنظر إلى محتواه الإقتصادي لأن العقد الدولي تصرف قانوني إرادي تترتب عليه آثار إقتصادية في المجال الدولي ويمثل أهم وسيلة قانونية في التجارة الدولية بمفهومها الواسع.

وهكذا إذاً نكون أمام عقد دولي كلما تعلق الأمر أو كانت له علاقة بالتجارة الدولية بمعناها الواسع فيدخل ضمن ذلك عمليات الإنتاج الصناعي والتبادل وعمليات الإستثمار والبناء ونقل التكنولوجيا...إلخ وقد أدخل بعضهم عقود الإمتياز وعقود التنمية الإقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها [2].

وبعد التمعن في هذه القضايا نستطيع أن إعتماد القضاء لاسيما الفرنسي لأحد المعيارين غير ثابت فمرة يأخذ بالمعيار الإقتصادي وتارة أخرى يأخذ بالمعيار القانوني وأعتقد أنه يدمج بينهما أحياناً.

هذا وبعد التطرق لمفهوم العقد الدولي فقهاً وقضاءاً ونحن بصدد تحديد العقد الدولي، يمكن لنا من خلال كل الذي أشرنا إليه أن نعرف العقد الدولي وهو تعريف أستاذي **د. زروتي الطيب** بأنه " العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة أي أكثر من نظام قانوني واحد لتعلقه بالتجارة الدولية"، وأعتقد حسب تقديري أن هذا التعريف أجدر بالترجيح ليس لكونه يجمع بين المعيارين فحسب وإنما لموضوعيته وتفادي بعض الثغرات التي قد تستغل أو تعرقل التطلعات.

المطلب الثالث: تنوع العقود الدولية وأهمية التمييز:

إن الذي أصبو إليه من خلال هذا المطلب وبعد تحديد مفهوم العقد الدولي [3]، هو الإشارة إلى تنوع تلك العقود بتنوع مواضيعها والتطورات الحاصلة على الصعيد الدولي، هذا ما يعقد فعلاً مفهوم العقد الدولي، ونشير إلى هذا التنوع من خلال الفرع الأول الذي سنخلص فيه إلى ضبط العقد الدولي وتحديده عن مختلف العقود، وهنا

[1] : أنظر د. مسعود محمودي، المرجع السابق، ص 24.

[2] : هذا ما أشارت إليه محكمة الإستئناف بباريس 1960/06/20 مجلة التحكيم 1969.

[3] : لاحظ كل من المطلبين الأول والثاني من المبحث الأول هذا من هذه الرسالة، ص 08 وما بعدها.

نتساءل عن ضرورة أو أهمية هذا التمييز خاصة من حيث الواقع العملي وهو ما ندرج له الفرع الثاني من نفس المطلب.

الفرع الأول: أمثلة عن بعض العقود الدولية:

قبل إعطاء هذه الأمثلة لا بأس أن نشير إلى تمييز المعاهدة والعقد الدولي والعقد الداخلي، فالعقد Contrat- Contract والمعاهدة كلاهما تصرف قانوني، متعدد الأطراف يتمثل في توافق إرادتين أو اكثر على ترتيب آثار قانوني معينة ولكن المعاهدة Traite تبرم في إطار الجماعة الدولية بين إثنين أو أكثر [1] من أشخاص القانون الدولي العام وطبقاً لأحكامه....إلخ[2] أما العقد الدولي فهو كما أشرت إليه في مقدمة المطلب الأول من هذا البحث [3] ويكون العقد غير دولي أي داخلي إذا لم يتضمن عنصر أجنبي، أي إتصال كافة عناصره بدولة واحدة ومن ثم فهي تخضع للقانون والقضاء الوطني [4]. وبعد هذه الإشارة نحاول إعطاء أمثلة على العقود الدولية:

1- العقود الدولية التقليدية: فمنها عقد البيع الدولي، وعقد التأمين، وعقود النقل، وعقود الهبة وعقد العمل... [5].

2- عقود التجارة الدولية:Contrats de Commerce International: أي المبادلات التجارية التي تتعدي آثارها الإطار الإقتصاد الوطني وإنتقالها عبر الحدود وأهم هذه العقود نذكر البيوع الدولية للمنقولات المادية [6]، وغير المادية، عقود المعلوماتية...إلخ.

3- عقود التنمية الصناعية و الإقتصادية: مثل عقود الإستثمار وعقود الأشغال العامة وعقود التشييد والبناء و المقاولات كعقود إنشاء البنية التحتية مثل إقامة المطارات ومحطات الطاقة بنظام B.O.T(Build Operate Transfert) وعقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الإقتصادي وعقود التجهيز والتوريد "تسليم المنتج في اليد" و "تسليم المفتاح"...إلخ [7].

4- عقود الدولة: إن العقود الدولية السابقة عادة ما تبرم بين أطراف عاديين، أشخاص طبيعيين أو معنويين وتضم عنصراً أجنبياً، ولكن الأمر يختلف أحياناً عندما يكون أحد أطراف العقد الدولة أو الأجهزة التابعة لها [8]

---

[1]: قد تكون ثنائية وقد تكون جماعية.

[2]: لتوضيح أكثر راجع مؤلف، د. طلعت الغنيمي، قانون السلام، ط 1995 ص 135.

[3]: لاحظ الصفحة 08 وما بعدها من هذه الرسالة.

[4]: لاحظ لتفصيل أكثر د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 10 وما بعدها.

[5]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 05، 06.

[6]: لتفصيل أكثر حول هذا النوع من العقود، راجع مؤلف Vincentheuzé، مرجع سابق، ص 45، 66، 79، 88، وما بعدها، حيث تطرق فيه للإتفاقيات الدولية في هذا الشأن لاسيما إتفاقية لاهاي 1964 وإتفاقية فيينا 1980.

[7]: راجع د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 13.

[8]: راجع نفس المرجع السابق، ص13.

ويتفق الفقه[1] في مجموعه بل وتشير أيضاً أحكام التحكيم الصادرة بشأن عقود الدولة على أن هــذا النــوع مــن العقود يختلف عن العقود الأخرى المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية[2].

والملاحظ واقعياً هو أن التطور المعاصر أسفر عن ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص العامة علــى مــسرح الحياة الخاصة الدولية بوصفها طرف في العقد خاصة في عقود التنمية الإقتصادية، مثلاً عقــد إســتغلال المــوارد الطبيعية كالبحث والتنقيب عن البترول.

والجدير بالذكر هو أنه تنبع ذاتية وإستقلال تلك العقود من التفاوت وعدم التساوي في المراكــز القانونيــة لأطرافها وإن كان الطرف المتعامل مع الدولة يتمتع بمركز إقتصادي أحياناً أقوى من الدولة ممــا يترتــب عنــه إخضاعه لنظام قانوني مختلف عن العقود المعتادة للتجارة الدولية، وهذه العقود يثور بشأنها الكثير من المشاكل عند التفاوض والإبرام والتنفيذ وبصدد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، لاسيما أنه يكــون مــن الــصعب إخضاع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها إلى قانون أو قضاء دولة أخرى...، ما لم تكن قد إرتــضت ذلك صراحة، وإن كانت هناك العديد من المحاولات لتدويل هذه العقود وتضمينها شروطاً ذاتية، كشرط الثبــات التشريعي وشرط اللجوء إلى التحكيم...إلخ[3].

وما يمكن أن نخلص إليه من تحديد هذه العقود هو أنها متعددة ومتنوعة الأشكال والمجالات وهــي في تطــور مستمر إستجابة لمقتضيات الحياة المعاصرة والتكنولوجيا المتغيرة وتنامي العلاقات الدولية في ظــل عــصر العولمــة ونكتفي هنا بالإشارة إلى أهم العقود وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية وهي على سبيل المثال: عقــود التــرخيص الصناعي Licesing، عقود ترخيص إستغلال التكنولوجيا وعقــود المساعدة الفنية Contrat d'assistance Technique، وعقود تسليم المفتاح Le Contrat clé en main وعقود التعــاون الــصناعي (المــشروع المشترك)، وعقد إمتياز البترول، عقد البيع الدولي...إلخ [4].

الفرع الثانــي: أهمية تمييز العقد الدولي:

بعد الإشارة إلى حقيقة تنوع العقود الدولية بحسب مواضيعها وإختلاف مجالاتها، كان هذا من أهم الــدوافع إلى الإشارة ولو بقدر من الإيجاز إلى أهمية تمييز العقد الدولي، وأعتقد أن إدراج هذا البند في البحث له ما يبرره، وعليه نقول أن أهمية تمييز العقد الدولي هي:

إن تعريف العقد الدولي وتحديده حتى يتميز عن العقود المشابهة له هو ضرورة ملحة لما يتمتع به هذا العقد من أهمية خاصة تقتضي معه ضبطه حتى نتمكن من:

---

[1] : من بين هؤلاء الفقهاء نجد: الأستاذة Seidlhohenveldern، Bockstiegel، Menair،...إلخ، د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 36 و مابعدها.

[2] : لمزيد من التفصيل حول عقود الدولة راجع مؤلف د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، ط 2001، ص 27 وما بعدها.

[3] : مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

[4] : لتفصيل أكثر في هذا الموضوع راجع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها، كذلك مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية ص 12، 15 وما بعدها كذلك مؤلف أ.د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 184 وما بعدها، وبالتحديد عقود التكنولوجيا راجع مؤلف د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي ط 2005، ص 50وما بعدها.

1. الإستبعاد التلقائي للقانون الداخلي واللجوء إلى تحريك القواعد القانونية التي تحكم العقود الدولية سواءاً كانت قواعد داخلية مختصة حسب قانون القاضي [1]، أو قواعد موضوعية دولية، أو بمعنى أدق يجب تحديد الإختصاص في العقد الدولي [2].
2. الإعتداد بإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عملاً بمبدأ سلطان الإرادة الذي إعتمده المشرع الجزائري بالنسبة للإلتزامات التعاقدية في المادة 18 ق.م.ج ، أي يجب إحترام حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يرغبون في أن يطبق على عقدهم إنطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المشار إليه في المادة 106 من ق.م.ج وكل ذلك هو عكس العقد الداخلي الذي يجب بموجبه تطبيق القانون الداخليي مباشرة.
3. جواز إدراج شروط في العقد الدولي تعد في أصلها باطلة في منظور القانون الداخلي مثلاً شرط التعامل بالذهب، شرط الثبات التشريعي...إلخ [3].
4. إعتبار شرط التحكيم دليل على دولية العقد بمعنى يوجد تداخل بين دولية العقد ودولية التحكيم وأن شرط التحكيم مستقل في العقد وجوداً وعدماً وهي فكرة مقبولة في القانون الدولي فقط [4].
5. تكييف العقد بأنه دولي ساعد على رسم الحدود الدقيقة بينه وبين العقود الإدارية المتعلقة بالتنمية الوطنية حيث تكون فيها الدولة أو أحد أشخاصها العامين يظهر بوصفه صاحب سلطة وسيادة.
6. تنوع وتزايد أهمية العقود الدولية فضلاً عن تنوع تنظيمها الدولي وحتى خضوعها القانوني.

تلك هي أهم الأسباب التي تعد حسب تقديري دافعاً أساسي لتحديد مفهوم العقد الدولي وكذا تمييزه عن مختلف العقود الأخرى.

هذا وما يمكن لنا أن نستخلصه من خلال المبحث المتضمن فكرة تحديد العقد الدولي هو أنه ورغم الجهود المبذولة من قبل الفقه والقضاء لضبط العقد الدولي إلا أن ذلك يظل قاصراً والسبب يعود حسب رأيي ليس لتطور المقتضيات الدولية ومسايرة العقد لها بالتغير والتنوع، وإنما مرده هو التباين الواضح في القوى الدولية لاسيما الإقتصادية، وكذا الرغبة الواضحة في التغير المفروض لا المراعي لمقتضيات وحاجيات المجتمعات على حسب مستوياتها لاسيما المادية.

فضلاً عن ذلك إن التذبذب في الأخذ بمعيار معين لإسباغ الدولية على العقد أو الحسم في المزج بينهما هو دليل واضح على حقيق تلك الرغبة المشار إليها، حتى يترك حرية لتحقيق المصلحة والأخذ بالمعيار المناسب حسب الظروف [1].

---

[1] : تحدد عن طريق التكييف وهو إختصاص القاضي وحده، لاحظ مثلاً المادة 09 من ق.م.ج

[2] : لاحظ أطروحة أستاذي د. طيب زروتي مشار إليها سابقا ص 18 و ما بعدها.

[3] : لتفصيل أكثر في هذا البند راجع مؤلف د.عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 124 وما يليها، وكذلك مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية 1989 ص 106 وكذلك 226 وما بعدها.

[4] : أنظر مؤلف الفقيه، عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 216 وما بعدها.

ومهما يكن فإننا نثمن جهود الفقه في مسألة تحديد مفهوم العقد الدولي لاسيما أولائك اللذين هم من دول نامية ورغم ذلك إلتزموا الموضوعية ليقروا صراحة بضرورة المزج بين المعيارين .

المبحث الثانـــي: قانون الإرادة وتأميم قانون العقد الدولي:

إن مبدأ قانون الإرادة بوصفه الأساس القانوني الذي يهيمن على المبادلات التجارية والإقتصادية الدولية فسره الفقه تفسيران متناقضان، فقد جعل منه الفقه المؤيد لتوطين العقد الدولي أساساً لتأميم قانون العقـــد الـــدولي [2]. خصوصاً أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي أقرت أن يكون القانون المطبق على العقد المبروم بين أشـــخاص غـــير أشخاص القانون الدولي هو قانون داخلي لدولة معينة [3].

مع ما ينجز عن ذلك من مقالب بسبب إفتقار القانون الداخلي لقواعد نوعية تتناسب والمعطيـــات الجديـــدة للمعاملات الدولية في عالم يعج بالتبادل اللامحدود للسلع والخدمات، وفي نفس الوقت وجدت الدول الـــسائرة في طريق النمو فيه وسيلة لبسط سيادتها وتأمين مصالحها الحيوية بفرض إختصاصها التشريعي والقضائي، ومن جهـــة أخرى حاولت تلك الدول أن تجد لها موطأ قدم في المحافل الدولية بعدما أصبحت تتمتع بالأغلبية العددية بإنحصار حركة الإستعمار، وتعبر عن مواقفها إزاء القانون الدولي المقنن في نادي مغلق في وجهها [4]، ومن ثم ساهمت هذه الدول في الدعوى لنظام إقتصادي دولي جديد كمطلب مشروع، وتجسدت فعلاً بوادره الأولى في بعض الأجهزة المتخصصة التابعة للأمم المتحدة وكاد الأمل أن يتحول إلى حقيقة لولا ردتها.

أما التفسير الثاني: فيتعلق بإقصاء القانون الداخلي لحكم العقود الدولية وهو ما عبر عنه الكثير بالتدويل وهذا نناقشه لاحقاً.

هذا ونشير بداية كما نؤكد على أن مبدأ سلطان الإرادة وإن أهمل على الصعيد الداخلي بخـــصوص العقـــود الوطنية إلا أنه محل إعتبار كبير على الصعيد الدولي خاصة وأن أغلب التشريعات الوطنية أخذت به وأعتبرته مـــن أهم نقاط الإرتكاز لبحل مشكلة تنازع القوانين[5] خاصة وأن العقد الدولي يرتبط بأنظمة مختلفة يثار بشأنها تنازع القوانين التي تقتضي بالضرورة حلها.

وما دامت لهذا المبدأ "سلطان الإرادة " هذه المكانة في حـــل مشكل تنازع القوانين المثار حـــول العقـــود الدولية، يدفعنا هذا إلى التساؤل عن المقصود بقانون الإرادة وهو ما نناقشه من خلال المطلب الأول من هذا المبحث ثم التساؤل عن الطبيعة القانونية لقانون الإرادة وهو ما نخصص له مطلب ثاني وفي مطلب أخير نحاول التوصل إلى مدى فعالية قانون الإرادة في حل التراعات العالقة بالعقد الدولي، مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ.

---

[1] : لتفصيل حول التغير المفروض، أنظر مؤلف د. محمودي مسعود المرجع السابق ص 29 وما بعدها.

[2] : أنظر مؤلف أستاذي، د. طيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع السابق، ص 227.

[3] : حكم 1929/07/12 رقم 20 مجلة Clunet 1929، ص 977، إرجع في تفاصيل هذه المسألة رسالة د. زروتي الطيب ص 311.

[4] : لاحظ مؤلف أستاذي د. طيب زروتي المرجع السابق ص 228.

[5] : حيث أشار إليه المشرع الجزائري وبكل صراحة في نص المادة 18 من ق.م.ج حيث تقول " يسري على الإلتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين..." المعدلة والمتممة بموجب القانون 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المطلب الأول: المقصود بقانون الإرادة:

لقد إستقرت منذ وقت بعيد في القانون الدولي للعقود قاعدة أساسية مفادها أن الأطراف أنفسهم هم الـــذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم –أي يعملون قانونهم- وتلك قاعدة من قواعد تنازع القوانين [1]وفي بيان مضمون تلك القاعدة وتبرير مداها ذهب البعض إلى أنه "ليس زائفاً إجتماعياً ولا شاذاً من الناحية القانونيـــة الإعتـــراف للأفـــراد بالنسبة لتصرفاتهم الخاصـــة بالإستقلال الذي يمكـــن إعتباره طبيعيا بكل المعـــنى الـــدقيق للكلمة"، والحال كذلك فإن نطاق مبدأ الإستقلال Principe d'autonomie يكون أكثر إتساعا في القـــانون الدولي عنه في القانون الداخلي، حيث أنه في القانون الداخلي تفلت منه كل المسائل المنظمة على نحو آمر، أما في القانون الدولي فإن قانون الإرادة [2] يحكم كل شروط وآثار العقد، والقول بغير ذلك يشكل عقبة في سبيل تطـــور التجارة الدولية، وقانون الإرادة يطبق على الإلتزامات التعاقدية من حيث الموضوع – القـــانون المختـــار مـــن المتعاقدين- وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 18 فقرة 1 [3].

ولهذه القاعدة أهمية بالغة فهي عصب المبادلات المالية الدولية، خاصة وأن العقد ذاته لا قيمة أدبية أو قانونيـــة له إلا بإعتباره تعبيراً عن التراضي والحرية، ومبدأ سلطان الإرادة يرجع تاريخ نشأته إلى المدرسة الإيطالية القديمـــة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلاً وموضوعاً على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين إتجهت إلى إختيار هذا القانون [4].

ولما كان قانون الإرادة أحد الضوابط لحل مشكلة تنازع القوانين، والعقد الدولي أساساً يثير فكـــرة تنـــازع القوانين لتعليقه بأكثر من نظام قانوني واحد فإننا من خلال هذا المطلب نشير بداية في الفـــرع الأول إلى العقـــد الدولي وتنازع القوانين بحيث نحدّد من خلاله مفهوم ومعالم فكرة قانون الإرادة وكذلك مضمونها، ثم نخـــصص فرعا ثانيا إلى تعيين قانون الإرادة.

الفرع الأول: العقد الدولي وتنازع القوانين:

إن المتفق عليه هو أن تنازع القوانين لابد واقع في ميدان العقود الدولية، ومرد ذلك هو تعلق هـــذه الأخـــيرة بأكثر من نظام قانوني واحد [5]، وإن تنازع القوانين يقتضي بالضرورة حله فإن كان ذلك مقرر منذ أمد بعيد عن طريق نظام الإسناد وهو منهج معتمد في جل الأنظمة القانونية الوطنية والحل بموجبه يتم حسب آليـــة الإســـناد

---

[1] : يذهب جانب من الفقه الحديث إلى أن القاعدة التي تقرر للمتعاقدين حق إختيار القانون المطبق في العقود الدولية ليست قاعدة إسناد Regle de Rattachement بل هي قاعدة مادية أو موضوعية Regle MAterielle وهي ذات تطبيق مباشر على منازعات العقود ولتفصيل أكثر أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص39 وما بعدها.

[2] : هناك من يطلق إسم قانون التصرف على قانون الإرادة مثلاً الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة. نظرية العقد الدولي الطليق. المرجع السابق. ص 36 و ما بعدها.

[3] : راجع تفاصيل أكثر في هذا الموضوع أطروحة أستاذي د.زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ص72

[4] : أنظر مؤلف د.زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، مرج سابق ص 217 وما بعدها.

[5] : خذ مثلاً إتفاق شركة جزائرية مع شركة يابانية على أن تقوم هذه الأخيرة ببناء مصنع وتركيب المعدات اللازمة، ليسلمه جاهزاً لإنجاز السيارات "تويوتا" Toyota وعلى أنتدفع المصاريف لدى مصرف "سيتي بنك" بكوريا الجنوبية، فإذا تبين غرر التشغيل وتجربة المصنع عدم صلاحية أو عدم مطابقة جزء من الآلات...إلخ، وثارت مسؤولية الشركة اليابانية امام القضاء الوطني أو التحكيم الدولي عن الضمان الميكانيكي Garantie Mécanique أو ضمان المدة Garantie de lai فأي القوانين يكون واجب التطبيق هل القانون الياباني، أم الكوري أم الجزائري. والأمثلة كثيرة للإطلاع أكثر أنظر د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 06 وما بعدها.

المقررة في قانون القاضي، التي تعين القانون الواجب تطبيقه [1] ومن تلك ضوابط الإسناد نجد القانون المختـــار – مبدأ سلطان الإرادة– كما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 01/18 ق.م.ج فما هو مفهوم هذا المبدأ ومضمونه إذاً هذا ما نشير إليه من خلال البندين التاليين؟

أولاً: مفهوم ومعالم فكرة قانون الإرادة:

ننوه بداية وعلى خلاف ما يعتقده البعض فإن إسناد العقود الدولية لاسيما عقود التجارة للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين هو حل لم يستقر في الفقه القانوني إلى في نهاية القرن 19، وفي ظل المذاهب الفردية التي تأكـــدت فيها فكرة سلطان الإرادة وهي فكرة لقت القبول على الصعيدين الداخلي والدولي [2] ورغم أن إصطلاح ســـلطان الإرادة l'Autonomie de la volonté بمعنى قدرة الإرادة الذاتية على خلق القواعد التي تحكمها هو إصطلاح قديم وأول من نوه إليه هو الفيلسوف الألماني **كانت**.

ولو كان لنا الإشارة إلى معالم فكرة قانون الإرادة لقلنا:

- **في التاريخ القديم لتنازع القوانين**: إن فكرة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون إرادة المتعاقدين قديمـــة قدم العلاقات التي تتم عبر الحدود، حيث كان في ظل مدرست الأحوال القديمة العقود تخضع لقانون الدولـــة التي أبرمت فيها Lex loci contractus وهذا ما فسره Rochus Curtins سنة 1945 بقوله أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو إرتضاء المتعاقدين ضمناً لذلك القانون [3]، إلا أنه في القـــرن 16 حـــاول المحامي الفرنسي "**ديمولان**" أن يبلور فكرة قانون الإرادة حينما أفتى بخصوص قضية الزوجين "**دوجاني**" حينما أشار إلى موطن الزوجين بحجة أن إرادة الطرفين إنصرفت لقانون تلك الدولة ضمنياً، لتتبلور هذه الفكرة إلى القانون المختار صراحة أو ضمناً [4].
- **في القوانين المعاصرة**: ومع مطلع القرن 19 إزدهرت فكرة قانون الإرادة وساعد على ذلك إضافة إلى مذهب الحرية الفردية ، نظام الإقتصاد الليبيرالي، كما كرس مختلف القوانين المقارنة قاعدة خضوع العقـــود الدوليـــة لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف [5].

و لم يقتصر الأمر على القوانين الوطنية، بل كرس مبدأ قانون الإرادة العديد من الإتفاقيات الدولية التي نـــذكر منها، إتفاقية لاهاي المبرومة في 15 يونيو 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدوليـــة للأشـــياء

---

[1] : لتعمق أكثر في هذا الموضوع راجع مؤلف أستاذي د.زروتي الطيب، القانون الخاص الدولي الجزائري، ص 73 وما بعدها، كذلك مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد الموجز ق.الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية 2003 ص 23 وما بعدها، كذلك مؤلف د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية 2004 ص 6 وما بعدها.

[2] : أنظر لمزيد من التفصيل مؤلف د.هشام صادق، مرجع سابق، ص 20 ومابعدها.

[3] : راجع د.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها.

[4] : من أهم الفقهاء في هذه المسألة نجد فقيه برلين سلفيني، مانيشي...إلخ.

[5] : أنظر نص المادة 18 من ق.م.ج يقابلها المادة 25 من ق.م. اليوناني لعام 1940 والمادة 25 من القانون الإيطالي لسنة 1942 والمادة 05/10 من القانون المدني الإسباني لعام 1974 والمادة 62 ومابعدها من مجموع القانون الدولي الخاص التونسي الساري عام 1999 والمادة 1/19 من القانون المصري، والمادة 59 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961...إلخ.

المنقولة المادية[1]، كذلك إتفاقية لاهاي المبرومة في 14 مارس 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة [2].

وإنطلاقاً من هذا التطور نؤكد فكرة مفادها هي أن مبدأ سلطان الإرادة أصبح مبدأ عالميا بالغ الأهمية ليس بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل حتى بالنسبة للقاضي أو المحكم المعروض عليه النزاع.

أما إذا أردنا أن نعرج على تحديد مفهوم هذا المبدأ، فإن مبدأ سلطان الإرادة Principe d'autonomie de Volonté يعني حرية الإتفاق والعقود في القانون الداخلي، اكتسب معنى فنياً يتناسق مع تطور الفكر القانوني الحديث في هذا الأخير وهو أن "القانون الذي يحكم الإلتزامات يستند إلى إرادة الأطراف المتعاقدة أي إلى إرادتهم السيادية " فالإرادة الحرة ينحصر سلطانها أو إستقلالها Son autonomie[3] لا في تحرير العقد من سيطرة القانون بل في تعيين القانون الذي يضفي على العقد الصفة القانونية La Juridicité ، لأن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه خضوع العقد للقانون لأنه ومهما يكن فإن العقد الدولي وفقاً لهذا المبدأ ومنذ مولده يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة وتلك هي القاعدة الموروثة التي لم تخرج عنها القوانين الوضعية بما فيها وأحدث التشريعات[4].

فقد قضت الأحكام المبدئية في القضاء الوطني بأن "...كل عقد دولي يكون بالضرورة مستنداً إلى قانون دولة معينة أو بأنه من البديهي أن كل رابطة قانونية تخضع للقانون " [5]، من هنا كانت فكرة التوطين سائدة بالنسبة لكل الإلتزامات التعاقدية، ولكن هذا الحكم يجب ألا يؤخذ على إطلاقه خاصة بعد التغيرات والتطورات التي يشهدها مجتمع اليوم.

ونحن بصدد تحديد مفهوم قانون الإرادة نتسائل لماذا يسمح القانون للمتعاقدين بإختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؟ أي لابد من أسس لهذه الفكرة، و لا بأس أن نعرج عليها.

فمن ناحية القانون إعترف إبتداءاً للأطراف بحق إنشاء وتكوين عقدهم، ومعروف في الفن القانوني أن العقد هو نظام قانوني خاص Lex privata له القدرة على خلق قواعد قانونية normes juridiques وإن كانت فردية individuelles، ومادام كذلك فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد بإختيار القواعد القانونية أو القانون الذي يحكم عقدهم فمن يملك الأكثر يملك الأقل[6].

أما من ناحية ثانية، يعد العقد أداة لتداول الثروات والخدمات ، وأطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول و يستجيب لحركة التجارة الدولية وتنقلها عبر الحدود هذا لاسيما أن هناك قوانين متطور وأخرى بعيدة كل البعد عن اللعبة الإقتصادية.

---

1 : المادة 1/25 من الإتفاقية.

2 : المادة 1/5 من الإتفاقية.

3 : إن أول ظهور الإصلاح مبدأ إستقلال الإرادة Autonomie de la Volonté كان في مؤلف المحامي الفرنسي "فوليكس" Foelix بعد أن مهد له من قبل ومنذ القرن 16 الأستاذ شارل ديمولان Dumoulin وفي كتاب "نظام القانون الروماني الحالي" للفقيه سافيني Savignuy.

4 : لتفصيل أكثر راجع مؤلف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 12..

5 : لاحظ حكم المحكمة المدنية المختلطة بالإسكندرية الدائرة الأولى في 11 يناير 1934.

6 : راجع د.أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص164، وفي نفس المعنى أنظر مؤلف الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

ومن ناحية ثالثة يعد ذلك وسيلة للإقتصاد في تحرير العقود الدولية وصياغتها فبدلاً من أن يتضمن عقـــدهم كافة الأحكام القانونية لقانون أجنبي معين يقدرون أنه أكثر ملاءمة، يكفيهم أن يشيروا في سطر بإختيارهم هـــذا القانون ليصبح واجب التطبيق [1].

وبناءاً على ما تقدم نستطيع القول أن فكرة قانون الإرادة، وفعاليتها على الصعيد الدولي كان لها إنعكاســـات جد مهمة أبرزها هو المطالبة بتوطين العقد الدولي، أي إخضاعه لحكم قانون دولة معينة، وهذا ما ســـعت إليـــه أغلب الدول التي لها مصلحة في ذلك كي تتمكن على الأقل من بسط سيادتها على ما تملك.

الفرع الثانـــي: تعيين قانون الإرادة

إذا كانت النظم القانونية لمختلف الدول قد إعترفت بأن العقود الدولية تخضع لقانون إرادة المتعاقدين فإن هذا الإعتراف يبدو بسيطاً نظرياً إلا أنه يثير الكثير من الصعوبات عند تحديد قانون الإرادة، **فمن الناحيـــة الفنيـــة** إن كان للمتعاقدين إختيار قانون العقد فمتى يمكنهم ممارسة هذا الحق في الإختيار، هل قبل إبرام العقد أم عنـــده ، أم وقت المنازعة ثم هل يمكنهم إختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة التعاقدية في مجملها ؟، أم ليس لهم سوى إختيـــار قانون واحد ؟، وهل هذا الإختيار متاح في كافة العقود ؟ **ومن الناحية العملية** أو التطبيقية كيف يقـــع إختيـــار قانون الإرادة هل يجب أن يكون صريحا أم يكفي إستخلاصه من بنيان العقـــد وظروف الحـــال؟ وإذا تعـــــذر الكشف عن الإختيار، صريحاً أو ضمنياً فما هو واجب القاضي حتى يؤدي العدالة المطلوبة، خصوصاً مع ظهـــور العديد من أنواع العقود الدولية الحديثة التي يتعذر معرفة القانون واجب التطبيق عليها بآمان [2].

ولأهمية هذه المسألة لاسيما أنها هي أساس التوطين لا بأس أن نشير إلى نطاق تعيين قانون الإرادة أولاً، ثم إلى كيفية التعيين ثانياً.

أولاً: نطاق تعيين قانون الإرادة

1. **النطاق الزمني**: أي متى يتم إختيار قانون العقد؟، إن إختيار قانون العقد هو رخصة للمتعاقدين وحـــدهم فإن تقاعسوا في ذلك أو لم يستعملوا نقد الحق في إختيار قانون العقد وقع على القاضـــي عـــبء ذلـــك التحديد.

ولا تثور صعوبة في حالة تحديد القاضي لقانون العقد لأن وقت التحديد في هذه الحالة هو لحظة طرح الـــتراع على القاضي [3]، أما لما يناط تحديد قانون العقد للمتعاقدين أنفسهم خصوصاً في حالة إرادتهم الـــصريحة، فـــإن إختيار قانون العقد يكون عادة عند إبرام العقد [4].

---

[1] : أنظر لتفصل أكثر مؤلف، د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 165، وكذلك مؤلف الدكتور محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي...، ط 1997، ص125 ومـــا بعدها.

[2] : لتفصيل معمق راجع مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 178 وما بعدها.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 179.

[4] : إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان تحديد الأطراف لقانون العقد بعد إبرامه في إتفاق مستقل عن العقد المكتوب أم الشفهي وحتى أمام المحكمة المختصة وقبل الفصل في التراع، لاحـــظ في هذا السياق. نص المادة 24 من التقنين المجري وكذلك نص المادة 3/116 من التقنين السويسري لعام 1987 التي تنص على أن "إختيار القانون...يمكن إجراؤه في كل وقت..." كما نصت على ذلك أيضاً المادة 2/3 من إتفاقية روما لسنة 1980، المشار إليها سابقاً.

2. **أما النطاق الموضوعي**: إن مسألة إختيار القانون المطبق على العقد ، هي ميزة للعقد الدولي فقط وليس لهـــا مثيل في العقد الداخلي لأنها تظل خاضعة لحكم القانون الوطني فضلا عن ذلك فقد قـــضى بـــأن الطـــابع الدولي-caractére international، شرط ضروري كي يتمكـــن المتعاقدين مـــن إختيار قـــانون عقدهم [1]. أما المعيار الموضـــوعي المعتمد لتطبيق مبـــدأ قانون الإرادة هو كل من المعيـــار الإقتـــصادي أو القانوني [2].

وعلى هذا كله فإننا نثمن فعلاً جهود الفقه في سعيه لتوطين العقد عن طريق مبـــدأ ســـلطان الإرادة الـــذي يهدف إلى تأميم قانون العقد الدولي، كي تضمن الدول النامية سيادتها وسلطتها على ثرواتها الحيوية على الأقل.

غير أنه يبدو أن المتعاملين في ميدان تلك العقود يحاولون أن يعكسوا مفهوم تلك القاعدة الثابتة ويديرونها عن هدفها المبدئي فبدلاً من أن يخضع العقد لقانون إستقلال الإرادة autonomie de la volonté صار المراد هـــو إستقلال العقد autonomie du contrat عن ذلك القانون [3] ويغلو الفقه في الرفع من شأن حرية المتعاقدين في الإختيار ، أدى إلى ظهور نزعتين في تفسير المقصود بقانون الإرادة وهذا ما نتطرق إليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثانـــي: الطبيعة القانونية لقانون الإرادة

إن الإتجاهات المكونة لمنهج تنازع القوانين والأنظمة القانونية القائمة عليه تتفق علـــى تبنيـــه قـــانون الإرادة كضابط إسناد عام للعقود الدولية، ويبقى الخلاف قائما بينها عندما يتعلق الأمر بتحديد هذا القانون الآثار المترتبة عنه [4] وكما سبق البيان أن إخضاع العقود الدولية إلى قانون الإرادة لم يتم بشكل نهائي إلا في نهاية القرن 19 في رحاب المذاهب الفردية القائمة على تقديس حريات الفرد وإستقلال إرادته، ولكن تأثر بعض الشراح بمبدأ سلطان الإرادة دفعهم إلى حد الإدعاء بقدرة المتعاقدين في المجال الدولي على تحرير عقودهم من سلطان أي قانون داخلي، بمعنى إفلات العقد الدولي من حكم القانون [5].

أو العقد المسمى بلا قانون أو العقد الدولي الطليق [6] وهذا هو فحوى النظرية الشخصية، إلا أننا لا نعتقد أن إكصار جناح التيار الإشتراكي العالمي منذ 1990 المتشدد سوف يمحو بعض جوانبها المضيئة الـــتي يتمثـــل في ضرورة تدخل الدولة بالقدر المناسب لفرض العدالة الإجتماعية وحماية المصالح العليا للجماعة في مواجهة النزعـــة الفردية المتطرفة،حيث يركز أنصار النزعة الموضوعية على فكرة التركيز الموضوعي للعقد [7].

---

[1] : لاحظ د.أحمد القشيري، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها وكذلك مؤلف عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 183.

[2] : لاحظ في خصوص شرح المعيارين وترجيح أحدهما المبحث الأول من الرسالة هذه ص 07 وما بعدها.

[3] : أنظر مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 41-42 وفي نفس المعنى راجع مؤلف د. هشام صادق المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

[4] : لتوضيح أكثر إرجع إلى أطروحة أستاذي، د. زروتي الطيب المشار إليها سابقاً ص 493- 61 .

[5] : أنظر د. هشام صادق مرجع سابق، ص 40، وما بعدها.

[6] : أنظر مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق ص 39 وما يليها.

[7] : راجع مؤلف، د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 42.

ولا نغالي في القول إذا قررنا أن المجتمعات الرأسمالية في أوروبا الغربية بصفة خاصة هي المستفيد الأكبر من هذا التطور في الفكر الإنساني والذي إستطاعت به تغيير الوجه القبيح لرأسمالية القرن 19 بإدراك تقدمها المشهود في عالمنا المعاصر [1].

وللإلمام بهذا الموضوع نشير إلى تلك النظريات على نحوٍ من التفصيل في فروع متتالية.

الفرع الأول: النزعة الشخصية La tendance subjective

أو كما يسميها البعض النزعة الذاتية في قانون الإرادة [2] وأنصار هذه النظرية يهدفون إلى إفلات العقد الدولي من حكم القانون ومضمون هذه النزعة [3] ، أن حرية المتعاقدين في إختيار القانون مطلقة وأن القانون المختار يفقد صفته كقانون آمر ويتحول إلى تنظيم إتفاقي، ولقد جاء في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/05 في قضية الشركة الأمريكية للتجارة ضد شركة النقل البحري للكيبيك بكندا American Trading Compagnie/ Quebec steam Ship " إن القانون الذي يعتمده الأطراف هو الذي يطبق على العقد فيما يخص تكوينه أو آثاره أو شروطه" وهذا ما يقتضي حرية مطلقة للمتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم[4]. وبهذا تصبح إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها، فتكون هذه الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحقيق العدل في ظل تعاليم المذهب الفردي وتخريج العقد الدولي من تنازع القوانين وتزاحمها[5].

ويترتب على هذه النزعة نتائج في غاية الخطورة:

1- إن العقد لا يتأثر بالقانون المختار ولو كان من العقود الدورية والمستمرة التنفيذ إذا عدل أو ألغي القانون، بحيث أنكر فقه النظرية الشخصية على القانون المختار قدرته على إبطال العقد عند مخالفة أحكامه الآمرة فمثل هذا الجزاء يفترض إحتفاظ قانون الإرادة به وهو ما يخالف منطق النظرية فضلاً عن مناهضته لإرادته المتعاقدين وتوقعاتهم [6].
2- أن للأفراد الحق في إستبعاد القواعد الآمرة من القانون المختار.
3- إن حرية الإختيار مطلقة ولو لم يكن للقانون المختار صلة بالعقد أو المتعاقدين [7].

[1] : أنظر د.هشام صادق عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها

[2] : لاحظ مؤلف، د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 218.

[3] : لتفصيل أكثر راجع رسالة أستاذي د. زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ص93 وما بعدها.

[4] : د. محمودي مسعود مرجع سابق، ص 44 وما بعدها.

[5] : د .هشام صادق صادق، مرجع سابق، ص 129.

[6] : لتفصيل أكثر راجع مؤلف، د. زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص218، وفي نفس المعنى مؤلف، د. هشام صادق نفس المرجع، ص 154، وكذلك ما كرسته وأقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها سنة 1926/06/21 في قضية الإرساليات البحرية حينما أقرت بإدراج شرط الوفاء بالذهب بالرغم من أنه مخالف للقانون، لتفصيل أكثر أنظر مؤلف د. محمودي مسعود مرجع سابق، ص 45.

[7] : تفادياً لهذه النتيجة الخطيرة نلاحظ أن المشرع الجزائري وبعد تعديله لنص المادة 18 من ق.م.ج بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 إشترط في الفقرة الأولى أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

4- إن أحكام القانون المختار وقد أعتبرت مجرد شروط تعاقدية فهي تعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحـــو معاملة الوقائع سواءاً من حيث إثباتها أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها [1].

5- يستنتج بمفهوم المخالفة لحرية الإختيار أن للمتعاقدين الحق في تجزئة العقد وإختيار أكثر من قانون، لـــيحكم كل واحد جزء منه، وبهذا يؤكد أنصار النظرية الشخصية حق المتعاقدين في إنتقاء الأحكام التي يريدونها مـــن القانون أو القوانين التي تم إختيارها من قبلهم لتصبح تلك الأحكام المنتقاة شروطاً تعاقدية بعد إنـــدماجها في العقد.

6- كما أنه يجوز ألا يسند العقد إلى أي قانون ويصبح عقدا مجردا من القانون ولكن الفقه والقضاء رفضا التسليم بهذه النتيجة وإن قبلها قضاء التحكيم [2].

نقد النظرية: [3]

على إثر تلك النتائج الخطيرة المترتبة على النظرية الشخصية تعرضت لإنتقادات لاذعة أهمها:

1- إن ركونها إلى مبدأ الحرية المطلقة غير صحيح تاريخياً وأن الشخص إذا إلتزام فيجـــب أن يلتـــزم في حـــدود القانون طالما أن هذا الأخير يحمي الحقوق بعد أن يقررها.

2- أنه لا يعهد للمتعاقدين أن يختار القانون المطبق على علاقاتهم ولكن للقانون أن يقرر ما هـــي العلاقـــة الـــتي يحكمها لأن العقد لا يكون ملزماً إلا بموجب القانون.

3- أنه في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق فالقاضي لا يعتد بالحرية ولكن يستخلص القانون الواجب التطبيق من ملابسات العقد وظروفه.

الفرع الثانـــي: النظرية الموضوعية:

إن النظرية الموضوعية[4] التي تنسب إلى الفقيه الفرنسي **باتيفول وبول لاجارد** ، مضمونها هـــو أن القـــانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من تركيزه حسب معطياته الخارجية أي على أساس فكرة تركيز العقـــد[5]، بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد، ولكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقـــر، وعلى ذلك وإن كانت الإرادة عنصراً رئيسياً في عملية التركيز إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع ، فقـــد تهدر الإرادة المصرح بها إذا تبين أنها لا تعبر عن حقيقة المكان الذي يتعين تركيز العقد فيـــه بـــالنظر إلى مجمـــوع المميزات الأخرى ومن هنا يقول باتيفول يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ونتجنب العبارات المضللة مبدأ سلطان الإرادة[6].

[1] : د. هشام صادق مرجع سابق، ص 133.

[2] : لتفصيل معمق راجع مؤلف أ.د. زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 218.

[3] : أنظر المرجع السابق، ص 219 وكذلك مؤلف د.هشام صادق ص 137 وما بعدها.

[4] : راجع في هذه النظرية وموقف القضاء والفقه منها رسالة أستاذي د. زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ج1 ص 109 وما بعدها وص 121، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية منذ حكم محكمة النقض في 1910/12/05.

[5] : أنظر د.محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 46.

[6] : لتفصيل أكثر راجع مؤلف د.زروتي الطيب.القانون الدولي الخاص الجزائري.مرجع تابع ص 219.

ثم إن مراعاة العلاقات الدولية توجب توزيع الإختصاص التشريعي فيما بين الدول، توزيعـــاً موضـــوعياً لأن تحديد النطاق التشريعي لدولة معينة يؤثر في الإختصاص التشريعي لغيرها من الدول، ومن ثم يجب الإعتراف لكل تشريع بحكم العلاقات التي تقع تحت سلطانه عن طريق تركيزها مكانياً [1]، فإذا كانت الإرادة حـــرة في إختيـــار قانون العقد فإن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما مقيدة بضرورة أن يقع الإختيار –في القليل- على أحد القـــوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية، لأن تلك الإرادة هي في الأصل تستند إلى نصوص القانون الـــتي تـــسمح لهـــا بهـــذا الإختيار، فدور الإرادة إذاً هو الإختيار وليس الخلق بل لا يعني إطلاقاً قدرتها على إخـــراج العقـــد مـــن دائـــرة القانـــون، بل وإنه حتى إذا نص المتعاقدون في إتفاقهم على أن هذا الإتفاق لا يخضع إلا لما يتضمنه مـــن شـــروط عقدية على سند من القول بأنها كافية في ذاتها لحكم الرابطة التعاقدية فإن مثل هذا المسلك لا يمنع مـــن إخـــضاع الرابطة القانونية للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد [2].

ولتحقيق فكرة تركيز العقد حسب هذه النظرية يمكن إعتماد وسائل ثلاث [3]:

1- إعتماد ضابط إسناد واحد بالنسبة لكل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام.
2- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي معتمداً في ذلك على الظروف والملابسات وعناصر العقد لربط العقد بنظام قانوني معين وهذا المنـــهج معـــروف لـــدى الفقهـــاء الأنجلوسكسون بمنهج القانون الخاص بالعقد The proper law of contract.
3- اعتماد منهج وسط، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية ومن ثم فإنـــه يجب تحليل كل نزاع حسب ظروفه وتحليل العلاقات القانونية تحليلا دقيقا ثم إســـنادها إلى القـــانون الذي يكون أكثر ملاءمة وموافقة بحكم موضوعها [4].

والجدير بالذكر هو أن مسألة تركيز العقد ليست بالأمر الهين بحيث نجد القضاء وعلى رأسه الفرنسي لم يبين فكرة تركيز العقد وإعمالها بل تجاوزها إلى تبيان دور قاضي الموضوع في استخلاص القانون الواجب التطبيق مـــن خلال عملية التركيز.

هذا ومهما يكن من صعوبة في عملية تركيز العقد الدولي فإن إعتماد النظرية الموضوعية لتحديـــد القـــانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق التركيز له أهمية في توحيد الحلول وضرورة توفر صلة بين القانون المـــصرح باختياره والعقد أو المتعاقدين ،ونعتقد أن محكمة النقض الفرنسية تبنت هذه النظرية في حكمها ،الصادرة بتـــاريخ

---

[1] : د.محمد جبار.قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن-أطروحة-جامعة الجزائر ص 90 .

[2] : لأنه في حالة سكوت الإطراف على الإختيار كان للقاضي المعروض أمامه النزاع الحق في إسناد ذلك العقد إلى القانون المختص وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في قانونه التي يتعين إعمالها عند السكوت، لتفصيل أكثر في هذا الموضوع، أنظر د.هشام صادق قانون عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص 351-352 وكذلك مؤلف د.هشام علـــي صـــادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 331 وما بعدها.

[3] : راجع د.محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 46-47، وكذلك د.محمد جبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص 90.

[4] : لاحظ أطروحة أستاذي زروتي الطيب مشار إليها، ص 70 وما بعدها، وانظر أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1959/07/06 في قضية فوريل رنيال ضد علوش Fourrures renel/Allouche. حيث أقرت صراحة في حالة عدم الإختيار أي سكوت أطراف العقد على الإختيار أن ينظر القاضي لظروف القضية وحسب الإتفـــاق، كذلك حكمها الصادر ف 1971/06/29 في قضية ناصر ضد البنك التجاري الإفريقي ، حيث ألحت المحكمة على تركيز العقد، وحكمها وبالضبط الغرفة المدنية منها الـــصادر في 1980/03/25 في قضية C/Meracator Press/Chaval، لتفصيل أكثر إرجع إلى د.مسعودي محمود، مرجع سابق، ص48.

1910/12/05 حينما استبعده القانون المصرح به والذي يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية، وإذا كان المعول عليه أن تركيز العقد يتوافق مع الإختيار المبنى على أسس موضوعية وذا علاقة حقيقية وكافية بالعقد أو المتعاقدين، وقد درج القضاء في مختلف الأنظمة القانونية على تبنيه [1] إلا أن القضاء في حالات نادرة إستعمل غطاء التركيز لتمويه تطبيق قانون القاضي.

الفرع الثالث: النظرية المزدوجة (النزعة المعتدلة) [2]

على خلاف الموقف الواضح لكل من فقه النظرية الشخصية الذي يرى أن قاعدة قانون الإرادة ترجع إلى مطلق سلطان الإرادة، أو إلى قاعدة مادية في القانون الدولي، وفقه النظرية الموضوعية الذي يرى أن قاعدة قانون الإرادة تعد بمثابة قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية، فإن هناك إتجاهات فقهية لم تخلص في إنحيازها إلى هذه أو تلك، إنما إستندت إلى ما ذهبت إليه تلك النظريتين –الشخصية والموضوعية- بحيث شكلت نظرية وسط، فمن قال بأن قاعدة قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ذات غاية مادية، ومن قال بأنها قاعدة قانونية تتسم بالطابع المادي والتنازعي في نفس الوقت، وآخر يبدو أنه يراها قاعدة مادية ناقصة.

1/ قاعدة قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ذات غاية مادية

بحيث يرى البعض أن قاعدة قانون الإرادة وإن لم تكن فرضاً قاعدة مادية إلا أنها قاعدة تنازع ذات غاية مادية أو موضوعية ، إذ أن المتعاقدين غير محايدين إزاء مضمون القانون المختار، فهم يضعون في إعتبارهم مضمون هذا القانون أو ذاك قبل إختياره، وأن هذا الإختيار غالباً ما يكون نتيجة لملاءمة القانون المختار على خلاف الأصل في قواعد التنازع التقليدية [3].

لكن يبدو أن هذا الإتجاه أغفل حقيقة القواعد المادية- ذات الغاية المادية- وفن إعمالها إذ أنه إذا كانت قاعدة قانون الإرادة تخول للمتعاقدين حرية إختيار القانون كما لا تفرض عليهم مثل هذا الإختيار، إلا أن الأمر يختلف بشأن قواعد التنازع ذات الغاية المادية تلك التي لا تعدو أن تكون تعبيراً عن سياسات تشريعية لدولة القاضي وفي مسائل محددة مثل حماية العامل في عقد العمل، وحماية المستهلك فهذه القاعدة هي آمرة من حيث الغاية التي تهدف إلى تحقيقها [4].

ومن هذه النظرة أعتقد أن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة تنازع ذات غاية مادية لأن طبيعة هذه الأخيرة لا تعترف بدور لإرادة الأطراف إلا في إطار تحقيق الغاية المادية المستهدفة فإذا كان من شأن الإرادة الإطاحة بهذه الغاية فلا سبيل إلى الإعتداد بهذه الإرادة.

---

[1] : راجع في تقييم النظرية الموضوعية رسالة، أستاذي د.زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ج1 ص 116 وفي تبني القضاء لنظرية التركيز نفس المرجع ص 121 وما بعدها.

[2] : في هذه المسالأة راجع رسالة الأستاذ: زروتي الطيب، ص 190، وكذلك رسالة د. محمد جبار ص 103، مشار إليها سابقاً.

[3] : لتفصيل أكثر انظر مؤلف د.صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 134.

[4] : أنظر في هذا المعنى مؤلف، أ.حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 503 وما بعدها.

2/ قاعدة قانونية تتسم في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي

يرى هذا الإتجاه أن قاعدة قانون الإرادة لا تمثل قاعدة قانون دولي مادية ، على أساس أن قاعدة قانون الإرادة لا تعطي حلاً مباشراً للتراع ولكن تشير إلى القانون الذي يعطي هذا الحل، كما أن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة إسناد بالمعنى الدقيق بل تمثل قاعدة قانونية تتسم في آن واحد بالطابع التنازعي والمادي ، أو بمعنى آخر قاعدة إسناد ذات هدف مادي محدد، بحيث تظهر طبيعتها كقاعدة إسناد أمام القاضي الوطني في حين يتم تغليبها المادي أمام المحكم [1].

لكن ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه يجعل من قاعدة قانون الإرادة بمثابة القاعدة الفلسفة، بحيث يتغير لونها بحسب الجهة المعروضة أمامها، وهذا ما يترتب عليه إزدواج في وظيفة القاعدة، هذا كما لا يجب إهمال الإتجاه الحديث الذي يأخذ بفكرة النظام العام الدولي الحقيقي، الذي يراعي الأخلاقيات في العقود وتوحيد الطبيعة القانونية لقاعدة قانون الإرادة[2].

3/ هي قاعدة مادية ناقصة

بحيث أن حق المتعاقدين في الإختيار يسند إلى قاعدة قانون مادي في دولة المسند إلى قانونها التراع، بحيث يندمج القانون في العقد، وتصير أحكامه بمثابة نصوص تعاقدية تخضع هي والعقد المندمجة فيه للأحكام الآمرة في قانون محددة سلفاً، ولا شأن لإرادة الأطراف في إختياره.

فحسب هذا الرأي لا يتصور أن تبطل الإرادة العقد، كذلك لا يمكن أن تصبح إرادة الأطراف كضابط إسناد خاصة بالعقود الدولية [3].

المطلب الثالث: تقدير قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري

بداية نشير إلى أن قانون الإرادة يمثل خير شاهد على حقيقة مشكلة تنازع القوانين كما أن هذه القاعدة تعبر عن حقيقة وجوهر قاعدة الإسناد التي ما هي إلا أداة للإصطفاء والإختيار بين القوانين التي تتزاحم ولا تدعي قابليتها لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي[4].

فقاعدة قانون الإرادة تعمل على حل مشكل تنازع القوانين التي تخلفها طبيعة العلاقة الخاصة الدولية والتي تنتمي بعناصرها إلى أكثر من نظام قانوني، ولا يشترط في هذا القانون المختار إلا أن يكون على صلة جدية ومعقولة بالعقد، بل يكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملة والتجارة الدولية [5].

ومادام مبدأ سلطان الإرادة قد لقي نجاحاً بالغ الأهمية على الصعيد الدولي بخصوص حل مشكلة تنازع القوانين فلا بأس أن نعرج من خلال هذا المطلب في ضوء ما تقدم على تقدير قانون الإرادة أي وبكل دقة، هل

---

[1] : أنظر لتفصيل أكثر، مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي 2001، ص 503.

[2] : لاحظ د.صفوة أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 140.

[3] : المرجع السابق، ص 144 وما بعدها.

[4] : د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 16 وما بعدها.

[5] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 168، و في نفس المعني د. صفوت أحمد عبد الحفيظ مرجع سابق، ص 146 وما يليها.

فعلاً يلائم وسيواكب قانون الإرادة العقد الدولي، في ظل المنهج التقليدي أم لا؟ ، وهذا في فرع أول ثم نلقي نظرة عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة، وهل جعل حرية الأطراف مطلقة في الإختيار دون قيد؟، وهذا في فرع ثاني.

الفرع الأول: تقدير مبدأ سلطان الإرادة

إنه ورغم الدعائم المقنعة التي تقوم عليها فكرة قانون الإرادة، أي لاسيما الأسس التي تبرر لماذا يسمح القانون للمتعاقدين بإختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أن هذه الفكرة أي قانون الإرادة لم تنجح ولقد وجه لها نقد لاذع بحيث [1]:

1- قيل أن تلك الفكرة تفتح الطريق أمام الأفراد للتهرب من القواعد الآمرة، وإن كان لابد من الإبقاء عليها فلا بد من حصر مجالها في المسائل التي تنظمها القاعدة المكملة.

2-كما قيل أن ترك الأمر للمتعاقدين في إختيار قانون عقدهم، يعني حلولهم محل القانون في تنظيم الروابط القانونية وهو ما يشكل إفتئاتاً وتعاليا على سلطته التي من مظاهرها أن يحدد هو متى يسري وليس إرادة الأفراد هي التي تحدد حالات سريانه[2].

3-كما قيل أن إخضاع العقد لقانون الإرادة يتضمن مصادرة على المطلوب، لأن ذلك يفترض وجود العقد أولاً وإختيار القانون لاحقاً، كيف ذلك والقانون هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة ولا قيام للعقد في غيبة من القانون.

4-كما قيل أن فكرة قانون الإرادة التي ثبتت ونمت في ظل المذهب الفردي والإقتصاد الحر لم تعد تتماشى وتواكب سياسة التوجيه الإقتصادي Le dirigisme economique وزيادة تدخل الدولة بقواعد آمرة في مختلف الأنشطة الإجتماعية والإقتصادية، وصار العقد أقرب إلى النظام institution منه إلى الإتفاق [3]. وصار الكلام عن قانون الإرادة خيال لا يدعمه الواقع.

كما يضيف جانب من الفقه إلى الإنتقادات السابقة التي وجهت إلى قاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة قولهم أن هذه القاعدة تؤدي إلى نتائج غير مقبولة إذ قد يقضي قانون الإرادة ببطلان العقد فكيف يتصور أن يختار المتعاقدين قانونا يبطل تعاقدهم[4].

ومهما يكن من أمر فإن تلك الإنتقادات لم تحمل الأنظمة القانونية في مختلف الدول على هجر قاعدة قانون الإرادة، بل على العكس زادت رسوخاً وثباتاً، وإني أعتقد أن تلك القاعدة ستظل هي الوسيلة الخالدة لتحديد

---

[1] : لتفصيل أكثر راجع مؤلف د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها.

[2] : لتفصيل أكثر أنظر الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 165-166 وكذلك لاحظ د.هشام علي صادق .، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

[3] : لقد تصدى الأستاذ "باتيفول" على هذا الإعتراض مؤكداً أن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون المختص، وإنما هي تقوم بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فإن قانون المكان الذي إختاره المتعاقدون هو الذي يسري على العقد...راجع د.هشام علي صادق مرجع سابق ص337 وما بعدها.

[4] : أنظر د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها.

النظام القانوني للعقود الدولية كما لا يجب أن نتناسى أنها كانت هي أساس نمو التجارة الدولية منذ أواخر القـــرن التاسع عشر وحتى الآن.

الفرع الثانـــي:موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة

بداية نشر ومهما كان الأمر من مكانة مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الوطنية ، إلى أنه يتعين ألا نخلـــط تماما على الأقل من الناحية النظرية بين فكرة عدم الاعتداد بقانون الإرادة فيما لو انعدمت الصلة بينه وبين العقـــد من جهة،وبين مجال إعمال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى،لذلك يلاحـــظ في البدايـــة أنـــه إذا إختـــار المتعاقدان قانونا لا يمت بصلة بالعقد الدولي المبرم بينهما فعلى القاضي أن يغفل إرادتهما ويحكم في النزاع القـــائم بينهما على نحو ما كان يفعل فيما لو سكتوا عن الاختيار ، أي يتصدى لتركيز العقد.كي يسند العقد إلى القانون الأوثق صلة ، ما لم يكن المشروع قد تصدى بنفسه لتركيز العقد تركيزا موضوعيا مسبقا بمقتضى ضوابط الإسناد الاحتياطية.كما هو الشأن في القانون الجزائري.

فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد المادة 18 فقرة 1[1] قبل التعديل تنص على ضابطين للإسناد همـــا، قانون الإرادة،وقانون محل الإبرام والمعول عليه في نظر شرح القانون الجزائري [2] أن الضابط الأساسي للتـــصرفات القانونية هو قانون الإرادة وفي حالة عدم الإختيار الصريح أوالضمني يرجع إلى قانون محل الإبرام.وأن المشرع هو الذي تولى بنفسه عملية التركيز في حالة عدم الاختيار[3].

ولقد إنتقد **الأستاذ د.الطيب زروتي** هذه المادة صياغة ومضمونا فمن ناحية الصياغة يبدو أن المادة 18 قبـــل تعديلها بقانون 10/05 أخذت بحرية الإختيار المطلقة –حسب النظرية الشخصية–وهذا غير معتاد وغير صحيح لأن المعتمد في أغلب النظم القانونية وفي القانون الجزائري يشترط وجود صلة بين القـــانون المختـــار والمتعاقـــدين أو العقد،كما أن تفضيل ضابط محل الإبرام عن غيره من الضوابط الأخرى ليس له مبرر قانوني بل بالعكس إن محـــل الإبرام مجرد قرينة لتركيز العقد مثله مثل القرائن الأخرى والتي هي قد تكون أكثر أهمية ، مثـــل حالـــة الاشتراك في الموطـــن أو الجنسية وضابط محل التنفيذ، وهكذا يكون القانون الجزائري [4] قبل التعديل بقانون 10/05 قـــد خالف القوانين العربية حيث اكتفى بالنص على محل الإبرام كضابط ثاني في حالة عدم الاختيار المعلن عنـــه،فحين صيغة المسألة في القوانين العربية الأخرى كما يلي: " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولـــة الـــتي فيهـــا الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيهـــا العقـــد،ما لم يتفـــق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه [5].

---

[1] : يقابلها في القوانين العربية المادة 19 من مدني مصري، م 19مدني ليبي، المادة 25 م عراقي، المادة 20 م أردني، المادة 59 من القانون الكويتي رقم 05 لـــسنة 1961، المـــادة 29 من ق.م اليمني...إلخ.

[2] : من بينهم الأستاذ د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1989 ص، 362 وما بعدها.

[3] : أنظر أستاذي د. زروتي الطيب، مؤلفه القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 220.

[4] : راجع في مناقشة قاعدة الإسناد الإحتياطية المذكورة في المادة 1/18 رسالة أستاذي د.زروتي الطيب ج2، ص 225.

[5] : هذه هي الفكرة الرئيسية المنصوص عليها في القوانين العربية المشار إليها سابقاً مع إختلاف جزئي في الصياغة أحياناً وفي المضمون مرات أخرى.

إن محتوى نص المادة 18 السابقة الذكر كان ذلك قبل تعديل القانون المدني.الجزائر.وهنا يمكن القول أن الإنتقادات التي وجهها **الأستاذ.زروتي الطيب** عند تأليفه لمؤلف القانون الدولي الخاص الجزائري سنة 2000 كان لها بالغ الأثر ولاقت فعلا صدى و إستجابة من قبل المشرع الجزائري.والدليل على تثمين جهود الأستاذ وسداد نقده هو تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وكان من بين المواد التي مسها هذا التعديل هي نص المادة 18 لتصبح على النحو التالي"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار فان موقعه".

وما يلاحظ على هذا التعديل هو أن المشرع الجزائري يعترف بمبدأ سلطان الإدارة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المتعاقدين ولكن ليس في هذا الاعتراف إطلاق، إنما هو مقيد بحيث يجب أن يكون ذلك القانون المختار يمت بصلة من قريب أو بعيد إما للمتعاقدين أو للعقد.

فضلا عن ذلك نلاحظ أن المشرع أولى إهتماما أيضا لضوابط الإسناد الأخرى في حالة عدم الإختيار لكن كان في ذلك الإهتمام أولويات بحيث رتب ضوابط الإسناد من حيث أولويتها في التطبيق.

ذلك الترتيب هو ملزم للقاضي بحيث يجب تطبيق القانون المختار أولا وإذا لم يمكن يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وإن لم يمكن يطبق قانون محل إبرام العقد.

وإننا نثمن هذا التعديل لأنه أصبح يواكب مختلف القوانين العربية، ومن جهة أخرى يمنح سلطة للقاضي في تركيز العقد ما دامت المادة تركز على وجود الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد.

المبحث الثالث: الإشكال الموضوعي لقانون الإرادة — ميلاد أزمة التوطين–

لقد تم التوصل من خلال تحديد مفهوم العقد الدولي إلى نتيجة مفادها أن العقد الدولي هو مجال خصب لتنازع القوانين لاسيما لتعلقه بأكثر من نظام قانوني واحد.والبديهي في ذلك هو لابد من حل النزاع القائم.ولما كانت المعاملات على الصعيد الدولي في تغير وتطور مستمر على عكس المبادلات الداخلية التي يظل فيها القانون الوطني هو المرجع الأول والوحيد لفك مشكلاتها كان لزاما تطوير الحلول الدولية أو على الأقل المناهج و الآلية الخاصة بذلك حتى يكون على الأقل موازاة بين التعامل الدولي والتشريع الدولي أيضا. ومن ثم تكون مواكبة متطلبات المجتمع المعاصر.

ولسنا نغالي إذا قلنا في البداية.بأن أهم منهج كان معتمدا لحل تنازع القوانين هو منهج الإسناد التقليدي، و إن أعتقد أنه لا يزال وسيظل يحتل هذه المكانة خاصة في المسائل التي لم تحض باهتمام وتنظيم.

هذا ويرى بعض الفقهاء أن التجارة الدولية.وما يثور من مشكلات معقدة على مـــستوى العقـــود الدوليـــة يقتضي بالضرورة التفكير جديا والعمل على إيجاد بدائل للحلول التقليدية [1] . الفقه أن التجارة الدولية حلقة طليقة ، بل وسعى بعضهم إلى تشيد نظرية العقد الدولي الطليق [2] ولا يجب تجميدها،وهذا ما دفعهم للتشكيك في قـــدرة وقصور منهج الإسناد لحل المنازعات الدولية.

وفي الواقع أن هناك أسبابا الاهتمام دفعت الفقه المعاصر يهـــتم بمنـــاهج التنـــازع في المعـــاملات التجاريـــة الدولية،غير منهج الإسناد وأهم هذه الأسباب نذكر [3]:

1- إن المعاملات التجارية الدولية يسودها تنظيم دولي مشترك بطبيعتها [4] وبهذا التنظيم تكون متمردة على القوانين الوطنية.

2- إن تلك المعاملات تتميز بتنظيم محكم شهد على توحيده عالميا هيئات مهنية خاصة ومنظمات عالميـــة متخصصة [5] .

3- إن اختصاص هيئات التحكيم الدولي بفض المنازعات المحتملة في مجال التجارة الدولية، جعل هذا الجهاز القضائي يقوم بدور إبداعي في إستنباط الحلول المناسبة خارج الأطر القانونية الوضـــعية خاصـــة وأن المحكم الدولي لا يخضع لقانون شكلي معين عكس القاضي مما يجعل جهاز التحكيم يلعب دورا مهمـــا في تدويل العقد الدولي وإستنباط قواعد موضوعية كمنهج مستقل لمنهج الإسناد[6] .

4- تعد المعاملات التجارية الدولية من المواضيع الأقل حساسية بالإعتبارات الوطنية والـــنظم الإجتماعيـــة مقارنة بالأحوال الشخصية أو نظام الأموال والعقارات، والإلتزامات الغير التعاقدية وكل هذه الأخـــيرة يظل فيها نظام الإسناد هو المفضل لحكمها.

ومهما يكن فإن نظام التوطين تخللته إشكالات، عملت على التقليل من شأنه وإلى إحداث أزمة فيه، ومـــن خلال هذا المبحث نحاول التطرق إلى إشكالين موضوعين لقانون الإرادة، بحيث نخصص المطلب الأول إلى أزمـــة

---

[1] : أنظر أستاذي الطيب زروتي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، الجزء 35 رقم 1 جامعة الجزائر 1997، ص 68 وما يليها.

[2] : لاحظ د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 11، 18 وما يليها.

[3] : أنظر د. زروتي الطيب، مرجع سابق ص 70 وما يليها، ولتفصيل أكثر لتلك الأسباب راجع كل من د. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص87، و د.هشام صـــادق، عقـــود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 184 وكذلك أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ص 483 وما يليها.

[4] : لاحظ إتفاقية لاهاي 1964، وفيينا 1980، المتعلقة بالبيوع الدولية مثلاً.

[5] : لاحظ في إطار عمل ونشاط الهيئات الدولية في إنشاء نظام قانوني يحكم العقود الدولية ومن تلك نذكر مثلاً :

- عصبة الأمم عملت على توحيد بعض أنظمتها منها: البروتوكول المتعلق بشرط التحكيم سنة 1923 وكذلك إتفاقية جنيف لتوحيد نظام الصرف.
- منظمة الأمم المتحدة: أنشأت سنة 1944 إتفاقية شيكاغو المتعلقة بمنظمة الطيران المدني وفي سنة 1958 إتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيـــذها وفي سنة 1964 مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED وأسست بموجب القرار 2205 أثناء إنعقاد دورتها 21 سنة 1966 لجنة الأمم المتحدة لقـــانون التجارة الدولية UNCITRAL/CNUDCI، وفي سنة 1970 إتفاقية ستوكهولم بتأسيس المنظمة العالمية للملكية الصناعية وكذلك إتفاقيـــة واشـــنطن 1970 الخاصة ببراءات الإختراع...إلخ.
- كذلك ما تم تنظيمه من قبل التجمعات الدولية الإقليمية، ولتفصيل أكثر هذا كله أنظر كل من أطروحة أستاذي زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ص 192 وما بعـــدها كذلك رسالة د. محمد جبار مشار إليها سابقاً ص 105 وما بعدها كذلك مؤلف د. محمودي مسعود مرجع سابق ص 58 وما بعدها.

[6] : لتفصيل أكثر أنظر مقالة أ. زروتي الطيب منشورة في المجلة القانونية الإقتصادية والسياسية العدد 03، مرجع سابق ص 71، وكذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقـــد الدولي الطليق مرجع سابق، ص 226 وما بعدها.

نظام الإسناد والمطلب الثاني إلى تقطيع قانون الإرادة، ونخصص مطلبا ثالثا إلى التحولات الوظيفية لإرادة الأطراف كضابط إسناد.

ولعل أهم إشكالية أود الإجابة عليها من خلال هذا المبحث هي، ما مدى قصور المنهج التقليدي وعدم كفايتة وشموليته لحل مشاكل العلاقات الدولية في القانون المعاصر؟، هل القانون المختار من قبل المتعاقدين سيحكم كل عقدهم أم جزء منه؟.

المطلب الأول: أزمة نظام الإسناد الخاصة بالعقود الدولية

الأصل في العقود الدولية أسوة بغيرها من الروابط الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً هو خضوعها للنظرية العامة للتنازع بين القوانين الموروثة عن فقه "شارل تمولان" فالقاضي إذ يقوم بتكييف الرابطة محل التزاع المطروحة عليه[1] ويتبين أنها رابطة عقدية تتسم بالطابع الدولي فهو يسندها إلى القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في قانونه وهو عادة قانون الإرادة [2]، وهذه الآلية هي مكرسة في المنهج التقليدي للإسناد، وبما أن هناك جهودا دولية تسعى إلى إقصاء هذا النظام بحجج سبق ذكر أسبابها ودوافع أخرى، إرتايت أن ألقي نظرة موجزة على هذا المنهج بحيث أقيم نظام الإسناد من حيث خصائصه والإنتقادات الموجهة إليه وذلك من خلال فرع واحد مقسم إلى بندين على التوالي [3]:

الفرع الأول: تقييم نظام الإسناد

إن نظام الإسناد هو المعتمد في جل الأنظمة القانونية الوطنية، ويتم حل تنازع القوانين بموجبه عن طريق آلية الإسناد المقررة في قانون القاضي التي ترشد القاضي إلى معرفة القانون الواجب التطبيق.

أولاً: خصائص نظام الإسناد [4]

ونوجز أهم خصائص منهجالاسناد ومميزاته فيما يلي:

1- يتسم حل تنازع القوانين في ظل هذا المنهج بالطابع الوطني، فهو حل وطني ولو كانت العلاقة الداخلة في نطاقه تتصف بالأجنبية حيث يلجأ القاضي إلى نظام التنازع المقرر في قانونه ليطبق ما يقضي به على إعتبار أن له إختصاص آمر لتعلقه بالسيادة الوطنية، ما لم يرد على ذلك إستثناء محدد.

---

[1] : أنظر نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه".

[2] : لاحظ المادة 18 من ق.م.ج المعدلة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3] : لتفصيل أكثر في هذا الموضوع أنظر، د. زروتي الطيب في كل من كتابه القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق ص 73 و74 ، و مقالته في المجلة القانونية للعلوم الإقتصادية والسياسية عدد رقم 03 ص 73 وما بعدها كذلك أ.د حفيظة السيد الحداد الوجيز في القانون الدولي الخاص مرجع سابق ص 12-23 وما بعدها كذلك د. هشام علي صادق مرجع سابق ص 41 وما بعدها.

[4] : أنظر مؤلف أستاذي د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص 373 وما بعدها وكذلك مقالته المنشورة في مجلة العلوم القانونية الإقتصادية والسياسية ص 74 وما بعدها.

2- إن قانون القاضي في ظل منهج الإسناد هو المرجع و الحكم في ذات الوقت لتحديد الأوصاف الملائمة للمراكز القانونية، وتقوم عملية التكييف التي يجب أن تتم دائماً حسب قانون القاضي [1] بدور حاسم فهو إذاً المرجع في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل محل التزاع والحكم في تعيين ضابط الإسناد.

3- قوام حل تنازع القوانين في هذا المنهج هو إختيار قاعدة الإسناد الأنسب والأكثر ملائمة في ضوء السياسة والمصلحة الوطنية، مهما كانت طريقة صياغة قاعدة الإسناد سواءاً مزدوجةوحينئذ وحين إذاً هي متعدية بطبيعتها [2] أو أنها قاعدة قاصرة[3].

4- يؤدي منهج الإسناد إلى عقد الإختصاص التشريعي دائماً لقانون داخلي لدولة معينة ومن ثم يستبعد هذا النظام تطبيق القواعد الموضوعية الدولية ما لم توضع في إتفاقيات دولية واجبة التطبيق، أي مجمل القواعد القانونية الدولية والأعراف والعادات التي لم تتوطن بعد[4] ولقد أفصحت محكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1929 في قضية القروض الصربية والبرازيلية عن إعتناقها هذا المنحى القانوني[5].

5- إن منهج الإسناد يقتضي تلازم الإختصاصين التشريعي والقضائي مباشرة أو غير مباشرة.

6- إن مناط تطبيق القانون الأجنبي المختص متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام في قانون القاضي فيطبقه في الحالة الأولى ويستبعده في الحالة الثانية.

إننا ومن خلال هذه الخصائص التي إقتصرنا على ذكرها يتضح جلياً أن نظام الإسناد هو نظام يعبر على الأنانية الوطنية بل ويستوي عنده العقد الدولي والداخلي من حيث القانون الذي تحدده قواعد التنازع وهذا ما يدل على أن نظام الإسناد التقليدي ومجمل الفقهاء المدافعين عنه غايته الوحيدة هي توطين العقد أي إخضاعه لقواعد قانونية محتواه في قانون دولة معينة.

ثانياً: مآخذ نظام الإسناد

لقد تعرض هذا المنهج هذا إلى نقد لاذع من قبل الفقه المعاصر حيث نعته بعبارات "أزمة المنهج التقليدي"، كما وصفه بأنه منهج يحتضر، وشكك في قدرته على حل مشكل العلاقات الخاصة الدولية[6] وقد تمثلت أهم الإنتقادات الموجهة لنظام الإسناد [7] فيما يلي:

1- وصف معارضو هذا المنهج على أنه يتسم بالشدة والتعقيد، حلوله غير واضحة ، بل وصل الحد ببعض الفقهاء المنكرين لجميل هذا المنهج إلى وصفه "بأنه مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار يدرسون

---

[1] : المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

[2] :مثلا المادة 11 ق.م.ج.

[3] : مثلا المادة 10 ق.م.ج ولكن مع ذلك يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الأجنبي يطبق على أهليته وحالته المدنية قانون جنسيته حسب القانون الجزائري.

[4] : وأعتقد أن هذه الخاصية هي ذروة تألق فكرة التوطين وغاية الفقه المؤيد لهذا النظام والساعي جاهداً إلى إخضاع العقد الدولي إلى قانون دولة معينة في جميع الأحوال.

[5] : حكمها الصادر في 1929/07/12 تحت رقم 20 وما يستنتج منه هو أن محكمة العدل الدولية الدائمة إستبعدت تطبيق قواعد قانونية غير القواعد المعدة في القانون الداخلي، ومن ناحية ثانية أن المنهج المتبع في نظر المحكمة هو منهج الإسناد وحده...أنظر، د.زروتي الطيب مرجع سابق ص 77.

[6] : من هؤلاء الفقهاء نذكر، الفقيه كيجل Kegal، ونوهان Nohan وCakis francess والفقيه Kuver، لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع مؤلف أستاذي زروتي الطيب القانو نالدولي الخاص الجزائري ص 73 وما بعدها ومقالته المنشورة في المجلة المشار إليها سابقاً ص 75. وكذلك لاحظ د. أحمد عبد الحميد عشوش تنازع مناهج تنازع القوانين طبعة 2003، ص 113.

[7] : أنظر في الإنتقادات المرجع السابق ص 12 وما بعدها، ورسالة أستاذي زروتي الطيب، مرجع سابق، ج1 ص 212.

مسائل غامضة ويستخدمون مصطلحات تستعصي على الفهم ، هذا ولقدانتقد الفقيه **كيفرز** المنهج بقولـــه أن قاعدة التنازع تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق وهي مغمضة العينين تقود إلى عدالة عميـــاء، وأن الحلول المرضية المتوصل إليها عن طريق قاعدة التنازع هي حلول من قبيل الصدفة" [1].

2- إن منهج الإسناد يؤدي إلى عدم توقع الأحكام ويفتقر للأمن القانوني، في أهم مجال للعلاقـــات الخاصـــــة الدولية، خاصة في حالة غياب الإرادة الصريحة حيث يحل محل تطبيق ضابط الإرادة تخمين القاضي وإحلال آرائه الشخصية للعدالة تحت ستار الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة وتركيز العقد...إلخ.

3- إن إعمال قواعد الإسناد يؤدي إلى تطبيق نصوص قانونية لا تتفق أحياناً مع طبيعة المركز القـــانوني، فهـــو نظام مفرط في الدولية أحياناً ولو تعلق الأمر بمعاملات يومية بسيطة، وأحياناً أخرى يفتقـــر إلى الدوليـــة بإعتبار القانون الذي سيحكم النزاع غير ملائم لأنه قانون وضع أصلاً لحكم العلاقات الداخلية لا يتناسب مع خصوصيات العلاقات ذات الطابع الدولي [2].

4- إختلاف أنصار نظام الإسناد في ما بينهم في تطبيق نظام الإسناد وهذا ما جعل الرافضين للإسناد ينظـــرون إليه كنظام هش في حقيقته غير متماسك في حلوله وآلياته ولا يحتمل الصدمات [3].

تلك هي بإختصار أهم الإنتقادات الرئيسية الموجهة للمنهج التقليدي وكما يلاحظ فإنها إنتقـــادات نـــسبية تصلح في بعض جوانبها ولكن لا تتمتع بقيمة مطلقة، ومهما يكن فإنها تنصب كلها حول مضمون الفكرة المسندة في مسائل التجارة الدولية ولكنها تتجاهل أن قواعد الإسناد يحكم أيضاً مجالات أخـــرى – كنظـــام الأحـــوال الشخصية-.

كما أن معارضي الدور الأساسي الذي يضفيه المنهج التقليدي على قاعدة الإسناد الوطنية يسعون في حقيقة الأمر إلى القضاء على نظام التوطين أو على الأقل تهميشه, ويهدفون في المقابل إلى تدويل قواعد التجارة الدوليـــة internationalisation وتحريرها من الرقابة التشريعية والتنظيمية والقضائية للقانون الداخلي تحت ذرائع مختلفة من بينها ضرورة خضوع العقود الدولية لقواعد دولية متميزة ومرنة وسهلة التطبيق، وأن يحكم فيها قضاء دولي [4] وهذا الرأي تقف وراءه وتدعمه المنظمات المهنية والشركات المتعددة الجنسيات سعياً منها لتحرير هذه المعاملات من نطاق القانون الداخلي وإخضاعها إلى ما يسمى قانون التجار Lex mercatoria [5] .

و من وجهة نظري أن نظام الإسناد هو حقيقة نظام مقرر وطنياً، ومختلف الأنظمة والقوانين المعاصرة تعترف به وتقرره، ولكن مهما حصل من تغير وتطور في العلاقات الدولية التجارية لا ولن تكن دليلا أو ســـببا كافيـــا لإقصاء هذا النظام، على الأقل في بعض المسائل وحتى وإن حصل ذلك –أي إقصاءه وهذا مستبعد حسب رأيي- فإن السبب في ذلك ليس مرده قصور النظام في حد ذاته وعدم ملاءمته للتجارة الدولية، وإنما السبب هـــو النيـــة

---

[1] : أنظر د.زروتي الطيب، مقال منشور في المجلة مشار إليها سابقاً ص 80.

[2] : مرجع سابق ص 81.

[3] : راجع في هذا الشأن: أطروحة أستاذي طيب زروتي، مرجع سابق، ج1.

[4] : نفس المرجع السابق ج2 ص 354 وما بعدها.

[5] : أنظر لتفصيل أكثر مؤلف الفقيه، أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق.

السيئة في المصلحة والهادفة إلى إقصاء السيادة الوطنية لبعض الدول الضعيفة، الممارسة من الذين كانوا ولا زالـــوا جاهدين للسيطرة على العالم مادياً وحتى قانونياً لتبرير مواقفهم وأعمالهم التي اغلبها غير مشروعة.

المطلب الثانـــي: تقطيع قانون الإرادة

إن ما سبق الإشارة إليه ، يشكل أزمة موضوعية بالنسبة لقانون الإرادة، ولنظام أو فكرة التوطين أصلاً، لمـــا بات واضحا ومؤكدا أن مختلف الأنظمة الوطنية تخضع الإلتزامات العقدية إلى قاعدة الإسناد المتمثلـــة في قـــانون الإرادة –القانون المختار–، فإننا نتساءل من خلال هذا المطلب عن مدى إخضاع كل أجزاء العقد للقانون المختار أي هل القانون المختار من المتعاقدين لحكم عقدهم يشمل بأحكامه كل أجزاء ذلك العقد؟. والسؤال الآخر هـــو هل كل العقود تخضع لقانون الإرادة، وكما هو جلي أن هذين السؤالين يؤكدان فعلاً أزمة قانون الإرادة أو على الأقل ميلادها ثبت أن قانون العقد لا يحكم كل أجزاء العقد.

وللإجابة على ذلك، نقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسين أو لهم نخصصه لمسألة التقطيع الجزئـــي لقـــانون الإرادة والثاني إلى التقطيع الكلي لقانون الإرادة.

الفرع الأول: التقطيع الجزئي لقانون الإرادة[1]

إن التقطيع الجزئي في القانون الذي يحكم العقد يمكن أن نتبينه من إستعراض جوانب العقد التي تخضع للقانون المختار والجوانب التي تخرج عن نطاقه، والتقطيع الجزئي يستخلص من خلال مضمون الفكرة المسندة في العقـــد ويتمثل في كل من تكوين العقد، آثاره وإنقضائه.

1– تكوين العقد: **Formation du contrat**

يتحدد نصيب قانون الإرادة في المسائل التالية: التراضي، المحل، السبب، وما يترتب على مخالفتها من جزاء.

- **فبالنسبة للتراضي** [2]: أو الإرادة فإن وجود الإرادة أو إنعدامها مسألة تخص الأهلية وبالتالي تخـــضع للقـــانون الشخصي، أما المسائل الأخرى مثل كيفية التعبير عن الإرادة أو أشكاله وآثاره وطريقة تطابق الإرادتـــين في مجلس العقد أو خارجه، ومكان وزمان إبرام العقد ، فإن الرأي الراجح يسندها إلى قـــانون الإرادة، ولكـــن حكم السكوت يخضع إلى قانون محل إقامة من صدر منه الإيجاب في بعض الأنظمة، وإلى قانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب في أنظمة أخرى [3].

ويفضل إسناد تحديد زمان ومكان إبرام العقد إلى قانون القاضي تماشياً مع منهج تركيز العقد، أما بخـــصوص عيوب الإرادة فالرأي الراجح يسندها إلى قانون الإرادة بإستثناء الإستغلال الذي يطبق عليه القانون الشخصي [4].

---

[1] : لتفصيل أكثر في هذا الموضوع راجع كل من: د.زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري: مرجع سابق ص 221 وما يليها.

[2] : أنظر د. الطيب زروتي القانون الدولي الخاص: ص 221، كذلك د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

[3] : راجع مؤلف د.زروتي الطيب، مرجع سابق ص 222،كذلك مؤلف د.أحمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 218 وما بعدها كـــذلك أ. حفيظـــة السيد الحداد الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 440 وما بعدها .

[4] : أنظر د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 355 وما يليها كذلك مؤلف أ. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 442 وما بعدها.

- **أما بالنسبة لمحل العقد:** وسببه يطبق عليها قانون الإرادة بصفة عامة ولكن شرط وجود المحل وإمكانية وجوده مستقبلاً وتعيينه والسبب الدافع إلى التعاقد وكذلك مشروعيتها يسري عليهما قانون القاضي في ما يخص المشروعية، وقانون محل التنفيذ في ما يخص إمكانية التعامل [1].

ويخضع الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد إلى القانون الذي يحكم الركن المتخلف أو شروط صحته.

2- آثـار العقـد: [2]

قسمها الفقه التقليدي إلى آثار مباشرة وأخضعها إلى قانون العقد وآثار غير مباشرة أو عرضية وتخضع لقانون محل التنفيذ لكن هذا التقسيم منتقد، لذلك قسمت **إلى** آثار شخصية وآثار مالية فأما الأولى فتخضع لقانون العقد من حيث مدى إنصراف آثار العقد إلى الخلف، وإلى المستفيد في الإشتراط لمصلحة الغير، أما النيابة الإتفاقية فإن الرأي الراجح يسندها إلى قانون العقد بين النائب والغير.

أما الآثار بالنسبة للموضوع فإن تفسير العقد حسب الرأي الراجح يخضع لقانون العقد، أما تنفيذ العقد فيخضع إلى قانون مباشرته[3].

وبالنسبة للفسخ الاتفاق يسري عليه قانون العقد، والفسخ القضائي يسري عليه كذلك قانون العقد غير أن سلطة القاضي في منح مهلة قضائية تخضع لقانون القاضي.

أما بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ يسري عليه قانون العقد، أما الحق في الحبس فيسري عليه قانون العقد بالنسبة للقوانين التي تعتبره شخصياً، بينما الدول التي تعتبر حقاً عينياً فيخضع لقانون موقع المال [4].

وبالنسبة للمسؤولية العقدية فالرأي الراجح يسندها إلى قانون القاضي ، أما الشروط الموضوعية للمسؤولية فالرأي الراجح يسندها إلى قانون مكان التنفيذ، كما يسري هذا الأخير أيضاً على أوصاف الإلتزام، فيبين متى يكون الشرط واقف ومتى يكون فاسخاً ومدى صحتها وآثارهما...إلخ[5].

والإعذار إن كيف على أنها شرط موضوعي فيسري عليه قانون العقد أما إذا أعتبر إجراءا شكليا فيحكمه قانون مكان التنفيذ، أما الدفع بعدم القبول، فيسري عليه قانون ميناء الوصول، وإن كان القانون المصري قد أخضعه إلى قانون القاضي[6].

وتخضع وسائل تنفيذ الإلتزام (الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشر والدعوى الصورية) إلى قانون العقد في رأي وإلى قانون القاضي في رأي آخر[7].

3- أسبـاب انقضاء الإلتـزام

تنقضي التزامات التعاقدية بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون الوفاء بها.

---

[1]: أنظر د.هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 355 وما يليها، كذلك مؤلف أ.حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ص 442 وما يليها.

[2]: راجع في التفاصيل رسالة أستاذي، د.زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ج2 ص 252.

[3]: لتفصيل اكثر أنظر د. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص مرجع سابق ص 372 وما يليها.

[4]: د. زروتي المراجع السابق، ص 223.

[5]: المرجع السابق ص 223، كذلك بالنسبة لآثار المسؤولية وآثارها أطروحتة الأستاذ مشار إليها سابقاً ج2، ص 266.

[6]: لاحظ المادة 275 من قانون التجارة البحرية المصري.

[7]: د. طيب زروتي مرجع سابق، ص 224.

والوفاء بوصفه تنفيذا عينيا للعقد يحكمه قانون العقد ما لم يستبعد هذا الأخير باسم النظام العام كأن يكـــون يجيز تقاضي فوائد ربوية [1].

أما التجديد فالرأي الراجح هو إخضاعه للقانون المنظم للعلاقة الجديدة، كما يسرى على الإنابة و الحلـــول الإتفاقي القانون المتفق عليه فيحين الحلول القانوني يسري عليه قانون العقد ، أما أسباب إتحاد الذمة فيسري عليها القانون الذي يحكم مصدرها[2] بينما تخضع آثارها إلى قانون العقد.

-**أما المقاص**: فنميز بين المقاصة القضائية التي يسري عليها قانون القاضي، والمقاصة الاتفاقية التي يحكمها القـــانون المتفق عليه،و لو كان الدينان موضوع المقاصة مختلفين،أما المقاصة القانونية فإذا كان الـــدينان خاضـــعان لـــنفس القانون فإن هذا القانون هو المطبق أما إذا اختلافا فهناك من أسندها إلى قانون القاضي، وهناك مـــن أســـندها إلى أحد القانونين الذي يحكمان الدين محل أو موضوع التقاص. سواء قـــانون الـــدين القـــديم أو قـــانون الـــدين الجديد.وهناك من اقترح الجمع بينهما.

- **أما الإبراء من الدين**: فإذا اعتبرناه اتفاقا بين الأطراف فيسرى عليه القانون الذي يحكم هذا الاتفاق، أمـــا إذا اعتبرناه تصرف تبرعي يستقل به الدائن فيجب أن يخضع للقانون الشخصي للدائن، أما السقوط وميعـــاده فمـــن الأحسن أن يخضع لقانون القاضي.بينما نظام التقادم فهو دفع في الموضوع ويخضعه الـــرأي الراجـــع إلى قـــانون العقد[3].

ما نخلص إليه من خلال هذا التقطيع الجزئي لقانون العقد فإننا نقول، أن أجزاء العقد الذي يخـــضع لقـــانون الإرادة هي تخضع في جميع الأحوال إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين، ولكن هناك استثناءات تكاد تطغى على القاعدة العامة والتي مفادها خضوع العقد للقانون المختار —قانون الإرادة-.

الفرع الثانـــي: التقطيع الكلي لقانون العقد

إن القاعدة العامة تقتضي بأن كل العقود الدولية ذات الطابع المالي تخضع لقـــانون الإرادة، ولكـــن هنـــاك استثناءات مهمة ترد على هذا الأصل تتمثل في: [4]

1/ العقود المتعلقة بالعقـــــارات

تخضع هذه العقود إلى قانون موقع العقار[5] طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث تـــنص علـــى أنه:"غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" وأعتقد أن إخضاع هذا النوع من العقود مـــرده إلى كون العقار يمس بالسيادة الوطنية بدليل أنه مهم ومهما يكن فهو يشكل ولو جزءا ضئيلا من إقليم الدولة.

---

[1] : لتفصيل أكثر أنظر د.زروتي الطيب مرجع سابق ص 225 وكذلك د.موحند إسعاد مرجع سابق ص 372 وما يليها.

[2] : بحيث يطبق القانون الشخصي بالنسبة للميراث والقانون العيني بخصوص حقوق الارتفاق.لتفصل في هذا الموضوع أنظر د.أحمد عبد الكريم سلامة.قانون العقد الـــدولي مرجـــع سابق ص 221 وما بعدها.

[3] : أنظر د.موحند إسعاد.مرجع سابق ص 373.

[4] : أنظر أستاذي الدكتور الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي مرجع سابق ص 225.

[5] : هذه المادة هي معدلة ومتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

ولا تغير من الحكم شيء إن كانت هذه العقارات منشئة أو معدة أو منهية لحقوق عينية أصلية أو تبعية.أمـــا الحقوق الشخصية فيظل يحكمها قانون الإرادة[1].

بالنسبة للأهلية : يسري عليها القانون الشخصي للمتعاقدان أما شكلها يحكمها في القانون الجزائري قانون موقع العقار[2] وقد أناطت المادة 17 من القانون المدني الجزائري الاختصاص بالنسبة للحقوق العينية الأصــلية والتبعيــة الواردة على العقار إلى قانون موقع العقار.

2/ العقود التي تكون الدولة طرفا فيها

الدولة هي من أشخاص القانون الدولي العام.والعقود التي تبرمها الدولة باعتبارها كذلك أي من أشـــخاص القانون الدولي العام تعتبر إتفاقيات دولية، تسري عليها أحكام القانون الدولي العام أما إذا تعاقدت الـــدول فيمـــا بينها بغير هذه الصفة فيكون العقد محكوما طبقا لقواعد التنازع[3].

أما إذا تعاقدت الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص فقد كان القضاء الفرنسي والألمـــاني يطبقـــان عليه في البداية قانون الدولة الطرف في العقد على أساس أنه يفترض في من تعاقد مع دولة أنـــه قبـــل الخـــضوع لقانونها [4] غير أن القضاء الإنجليزي عارض هذا الرأي وقضي بإسناد عقد قرض أبرمته بريطانيا أثناء الحرب العالمية الأولى مع بنك أجنبي لقانون ولاية نيويورك وليس للقانون البريطاني [5].

ولقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية في حكمها سنة 1932 [6] عن قضائها السابق لتقضي بـــأن القـــانون الواجب التطبيق على العقود من حيث إنشائها وآثارها، أو القانون المطبق عليها هو القانون المتفق عليه.

وعقود الدولة مؤخراً تشهد إنتشارا واسعا في مجال التنمية الوطنية وتثير إشكالات عدة خصوصاً وأن المنازعة بين موقف القضاء الوطني وموقف قضاء التحكيم الدولي بشأنها لم تحسم بعد [7].

3/ عقود الإستخدام

هي عقود يغلب فيها الجانب التنظيمي على الجانب التعاقدي في العصر الحديث نظراً لتدخل المشرع المطرد في تنظيم علاقة العمل تنظيما آمرا يكفل حماية الطبقة العاملة، حتى أن بعض الفقهاء إعتبروا عقد العمل المشترك قانونا إتفاقيا نظراً لما يثيره هذا العقد من مشاكل، لذلك نجد أن بعض القوانين خصته بقواعد إسناد مستقلة مثلاً القانون الكويتي، أما الدول التي لم تخصه بمثل ذلك التنظيم فنجد بعض الفقه يسند عقد العمل إلى قانون محل إبرام العقـــد وفريق آخر أسنده إلى قانون المشروع والمؤسسة، ورأي آخر أسنده إلى قانون مكان تنفيذ العقد [8].

---

[1] : أنظر د. موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 361 وما يليها.

[2] : على عكس القضاء الفرنسي الذي طبق عليها قاعدة لوكيس.

[3] : لقد قضت محكمة العدل الدائمة سنة 1929 في قضية القروض الصربية والبرازيلية في حكمها الصادر في 1929/07/12 رقم 20 مجلة Clanet، بقولها كل عقد يبرم بين الدول يجد أساسه في القانون الوطني، راجع في تفصيل أكثر هذه المسألة في أطروحة، أ.د.زروتي الطيب، ج2، ص 311.

[4] : أخذت بهذا الرأي إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول وتابعي الدول الأخرى المبرومة في 1965/03/18.

[5] : أنظر د.. زروتي الطيب، مرجع سابق ص 227، وكذلك أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 05-32 وما بعدها.

[6] : نقض مدني فرنسي 1932/05/21.تفصيلا في ذلك راجع د. الطيب زروتي. القانون الدولي الخاص الجزائري.مرجع سابق.ص227.

[7] : لتفضل أكثر بخصوص هذا الموضوع راجع، أ.د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 05 و257 وما بعدها، كذلك د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها.

[8] : أنظر د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ص 451 وما يليها، وكذلك د. الطيب زروتي القانون الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 226.

في حين إقترح البعض ضرورة التمييز بين الجانب التنظيمي في العقد وطبق عليه قانون مكان تنفيـــذ العقـــد والجانب التعاقدي ويخضع للقواعد العامة في العقود الإختيارية.

4/ الهبـــة:

تدخل الهبة في القانون الجزائري ضمن الأحوال الشخصية ولو أنها تصرف مالي تنتج آثارها في حياة الواهـــب يسري عليها القانون الشخصي، وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يخصها بقاعدة إسناد معينة وهـــذا قبـــل تعديل القانون المدني مؤخرا.

لكن بعد التعديل الصادر بموجب ق. رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 راعى المشرع التوفيـــق بـــين الطابع الشخصي للهبة وبين إستقرار المعاملات [1].

وما يمكن أن نخلص إليه من خلال معرفة أن قانون الإرادة هو محل تجزئة أحياناً أي يؤخذ بقـــانون الإرادة في بعض أجزاء العقد المبرم، وقد لا يعتد به أصلاً في أحياناً أخرى أي في حالة التقطيع الكلي. وأعتقد أن ما تعـــرض له منهج الإسناد من نقد وكذلك ما حصل وقد يحصل لقانون الإرادة من تجزئة سواء جزئية أو كلية يشكل ذلك نقطة إرتكاز ودافع قوي لرافضي فكرة التوطين بل يعتبر ذلك في حد ذاته ميلادا لأزمة التوطين.

المطلب الثالث: التحول الوظيفي لإرادة الأطراف كضابط إسناد

ما توصلنا إليه هو ميلاد أزمة التوطين فعلاً، وحتى لا تفقد هذه الفكرة وجوها على الصعيد الدولي وبخصوص العقود الدولية حاول أنصار فكرة توطين العقد الدولي معالجة مثالب قاعدة الإسناد، وإتجه البعض من الفقهـــاء إلى القول بعدم هجرة قاعدة الإسناد كمنهج بل العمل على إصلاح فنها بإستخدام مركباتهـــا وعناصـــرها الذاتيـــة خصوصاً ضابط الإسناد فيها وهو إرادة المتعاقدين وكان ذلك في إتجاهين نخصص لكل منهما فرع على حدى [2].

الفرع الأول: إرادة الأطراف مجرد ضابط للإسناد وليس لإخضاع العقد للقانون

نبين من خلال هذا الفرع كل من مضمون النظرية، ونقدها وهذا من خلال بنديين متتاليين:

أولاً: مضمون النظرية: لقد إعتمد أنصار هذه النظرية جملة من التبريرات للتقليل من حدة النقد الموجـــه لنظـــام الإسناد والحلول المقررة فيه خاصة بالتحديد قانون الإرادة وتلك المبررات هي على النحو التالي:

- **الطابع المعنوي لضابط إرادة الأطراف وأثره:** بحيث يعتبر ضابط الإسناد في العقود الدولية مـــن الـــضوابط المعنوية غير المادية، وهو في ذات الوقت ضابط Critère قانونياً غير واقعي يتدخل المشرع لتحديد مفهومـــه والآثار المترتبة عليه، وهذا هو ضابط إرادة المتعاقدين [3].

---

[1] : بحيث تنص المادة 16 من ق.م.ج المعدلة بموجب ق. رقم 10/05 على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قـــانون جنـــسية الهالـــك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها".

[2] : أنظر لتفصيل أكثر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 274 وما يليها.

[3] : لاحظ نفس المرجع.ص 275.

وإن إحتواء ضابط الإرادة لهاتين الصفتين جعل السؤال يثور حول المراد به ومدى صلاحيته لتحديد القـــانون الملائم لحكم العقد.

ومن هذا المنطلق ذهب إتجاه من الفقه إلى أن الدور المنوط بإرادة الأطراف، والمتمثل في تعيين القانون الواجب التطبيق قد تحول في مفهومه وذلك إستجابة لتغير معطيات البيئة المعاصرة [1] للأوضاع القانونية التي تسود معاملات التجارة الدولية.

ولما كانت قاعدة الإسناد تقوم عن طريق ضابط الإسناد بها بتحديد قانون معين فإنها بذلك لا تفعل ســـوى إسناد[2] Rattachement كما يدل على ذلك التسمية، العقد إلى قانون دولة معينة.

- **الإسناد لا يعني الخضوع**: يرى أنصار هذا الرأي أن إعتماد العقد على القانون لا يجب مطلقاً أن يفهم علـــى أنه خضوع La Soumission الأول للثاني، إنما له معنى سلبي وحسب فالعقد يجب إحترامه وإلتزام أطرافه بما ورد فيه استنادا إلى قوته الذاتية الملزمة، بشرط ألا تكون هناك معارضة للنظام العام في دولـــة القاضـــي، المختص بفض المنازعة بشأن العقد [3].
- **حاجات التجارة الدولية تستلزم إبعاد العقد الدولي عن القوانين الوطنية :**

يهدف هذا الإتجاه إلى تحرير التجارة الدولية من قيود وعدم ملاءمة القوانين الوطنية كـــي تخـــضع لقواعـــد وأعراف الأوساط التجارية، أي إستبعاد الخضوع الحتمي Soumission indissoluble لقانون وطني معين.

وهذا ما يعني ترك أكبر قدر من الحرية التعاقدية [4]، بل لابد من وضع العقد في مأمن من آثار القانون.

وإنطلاقاً من هذه الحجج المقدمة من قبل أنصار هذه النظرية، فإني أعتقد أن ما يصبون إليه ليس إحداث تغيير في مركبات قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود أو إصلاح فنها كما زعموا، وإنما الهدف الأول والأخير هو تحييد قانون العقد الدولي.

ثانيـــاً: نقد النظريـــة

في الواقع لا يمكن التسليم بالرأي السابق، فهو منتقد في أكثر من وجه:

1- رفض التفسير اللفظي لكلمة إسناد: فمن ناحية نلاحظ تفسير كلمة "إسناد" على أنها تعني إعتمـــاد ولـــيس خضوع فخضوع العقد للقانون يعد تفسيراً لفظياً لا يستقيم مع هدف قاعدة الإسناد.

إن لفظ إسناد يعني الخضوع والقول بغير ذلك يفقد قاعدة الإسناد في مجال العقود الدولية من مضمونها الحقيقـــي بل قواعد الإسناد كلها، كما أن إختيار الأطراف لقانون معين يعني إتجاه نيتهم إلى إخضاع عقـــدهم والإمتثـــال لأحكام ذلك القانون.

2- الخطأ في فهم حكم نقض عام 1950، لاسيما لما تم فهم الحكم بأنه يعني عدم خضوع العقـــد لقـــانون الإرادة بل مجرد إعتماده أو إتكانه ومن ثم فهم أن الحكم قد تبنى نظرية العقد بغـــير قـــانون Contrat

[1]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، الطبعة 2000، ص 37،39 وما بعدها.

[2]: الإسناد يعني فقط إعتماد "LA dépendance" أو إرتكاز العقد على القانون فهو يدور للفلك العام لهذا القانون.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 277.

[4]: المرجع السابق، ص 278 وما بعدها.

Sans Loi وكل ذلك ينافي تماماً حسن تحليل الحكم المذكور ، ففي تعليقه على هذا الأخير كتب العميد **باتيفول** Batiffol يقول أنه "في القانون الدولي يخضع الأفراد للقوانين الوضعية، وفكرة تنازع القوانين تعضد هذا الخضوع بتحديد القانون الواجب التطبيق ويظلون كذلك تحت سلطان نظام وضعي[1]...، بل إنه من يوم صدور ذلك الحكم فإن فكرة عدم خضوع العقد لأي قانون تعتبر قد هجرت".

3- دور إرادة المتعاقدين والخضوع الإرادي:ومن ناحية ثالثة:إذا كان أنصار فكرة الإسناد دون الخضوع قد وجدوا ذلك منطقيا بالنظر إلى أن الرابطة و قانون معين تقبل أن تكون على درجات فهذا لا يمكن قبوله أيضاً [2].

فالواقع أنه إذا كان باستطاعة الأطراف في العقد الدولي حل تنازع القوانين،وذلك باختيار قانون معين:فالملاحظ أنهم لا يستطعون غير ذلك، لأنه وبعد تحديدهم لذلك القانون فإنه يصبح جبرا **Obligatoirement.** دون أن يكون بإمكان العقد الإفلات منه، وهذا هو التفسير الذي يتفق ومبدأ قانون الإرادة [3]، وهو ما أكده الفقيه فيور **fiore** لما كان العقد لا يمكن توطينه في المكان أضحى من الضروري أن يتم تحديد القانون الذي يحكمه استنادا إلى الخضوع الحر للأطراف.

الفرع الثاني: إرادة الأطراف مجرد أداة لإستكمال الشكل التعاقدي

نحاول من خلال هذا الفرع عرض فكرة الإرادة مجرد أداة لإستكمال الشكل التعاقدي في بند أول ثم في بند ثاني نعرج على نقد هذه الفكرة.

أولاً: عرض الفكرة [4]

يزعم البعض بأن الهم الوحيد لرجل القانون والمختص بشؤون إبرام عقود المشروعات والشركات عبر الحدود هو الإفلات من القانون، كما يؤكد البعض أن غالب العقود الدولية تأتي خالية من شرط الإختصاص التشريعي، وهنا لابد من التحذير من إهمال النص على القانون المطبق على العقد، لأنه لا يوجد إرتياح من رجال المشروعات والشركات أنفسهم رغم ذلك الإفلات من القانون، لأنه بحق من تجاهل تحديد القانون الذي سيحكم عقده يجد نفسه في ضباب أو في مجهول إذ كيف سيحكم العقد وهنا يجازي المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

* حقيقة النص على القانون المطبق على العقد: بيد أنه إذا إستجاب القائمون على شؤون تحديد العقود الدولية إلى هذا التقدير الأخير، فإن فكرة تحرير تلك العقود من سلطان القانون، قد لا تغيب مع ذلك في ذهنهم [5].

---

[1] : راجع في تعليق باتيفول كل من أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 280، وكذلك د.هشام صادق، المرجع السابق، ص 128.

[2] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 280، 281.

[3] : هذه الفكرة حرص الفقيه Savicny على إبرازها ومفادها أن المراد ليس هو مجرد "الإختيار الإرادي" والإسناد إلى قانون معين بل هو الخضوع الإرادي Soumission Volontaire لذلك القانون راجع تفصيلاً لهذا مرجع الأستاذ زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 60 وكذلك الدكتور عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 281.

[4] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 282 وما يليها.

[5] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 283 وما بعدها.

إن إستقراء الواقع العملي للعقود الدولية يبصر بأن الأطراف لا يدرجون في عقودهم شرط الإختصاص التشريعي Clause de Compétence legislative إلا من أجل واجب تعاقدي وهو بذلك يدل على أنه ضرورة لإستكمال إجراء شكلي [1] بل يمكن القول أن إدراج بند في العقد يحدد القانون المختص لا يعدو أن يكون مجرد مظهر ليقظة رجل القانون المهتم بعملية تحرير العقد الدولي لا غير.

ومن هذا يتضح وحسب ما أشار إليه **الأستاذ زروتي الطيب** إلى فكرة في غاية الأهمية وهو على ذكر خصائص منهج الإسناد، والتي مفادها ضرورة تلازم الإختصاص التشريعي والقضائي بصفة مباشرة أو غير مباشرة [2] ولكن السؤال المطروح هو ما هي مبررات وجود شرط الإختصاص التشريعي؟.

1/ العادة التعاقدية: Habitude Contractuelle:

بحيث يشير البعض إلى أن تحديد الأطراف لقانون معين وتضمينه أحد بنود العقد هو مجرد عادة متعارف عليها في الأوساط المهتمة بالصياغة القانونية للعقود الدولية دون أن يعكس هذا إهتماماً أو هماً Souci يشغل بال الأطراف في العقد الدولي بحيث يتم التفكير فيه بجدية، فالملاحظ أن المتعاقدين ورغم تراضيهم على وضع شرط يحدد القانون المختص إلا أنهم لا يهتمون بل ليس لهم أدنى دراية بسبب إختيار هذا القانون من غيره [3].

2/ الرغبة في الأمان: Désir de sécurité:

حتى وإن كان أطراف العقد يختارون قانونا لحكم عقدهم عند التعاقد، فذلك فقط كخط دفاع أخير إذا لم تسعف نصوص وأحكام العقد في تقديم إجابة للنزاع الحاصل بينهم، أو كما يشبه البعض بقوله أن هؤلاء عندما يختارون القانون واجب التطبيق على عقدهم فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل و ما يحويه من أخطار محتملة، أي المتعاقدون يرغبون في التنفيذ السلمي للإلتزامات المتبادلة.

ثانيـــاً: مآخذ إنتقادية

على أن هذا التحليل ورغم إستناده إلى الواقع العملي إلا أنه لا يخلو من النقد:

1- عدم صحة إدعاء خلو العقد الدولي من شرط الإختصاص التشريعي، لأن غالب العقود الدولية تتضمن صراحة تحديد القانون واجب التطبيق ليس فقط في العقود الدولية التي تبرم بين الأشخاص الخاصة بل حتى تلك التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية من رعايا الدول الأخرى [4].

---

[1] : فالإطلاع على بعض نماذج العقود الدولية في البيع، أو المفتاح في اليد أو الوكالات التجارية يبصر بأنه يوجد في نهاية كل عقد بندان الأول خاص بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الذي ينشأ في المستقبل والثاني يتعلق بالقانون واجب التطبيق على ذلك النزاع وهو من تحديد الأطراف.

[2] : لاحظ الدكتور زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 74.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 284.

[4] : لتفصيل في هذا لاحظ مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 483 وما يليها، وكذلك د.أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 285.

ولعل أن العقود النمطية- النموذجية- وما تحتويه من شروط دقيقة وضعتها هيئات متخصصة ذات طابع دولي لم تنسى مثل ذلك الشرط المهم، وحتى وإن حصل ذلك فلا تكون له أية خطورة خصوصاً أن تلك العقود المسماة نموذجية تحتوي من الدقة والتفصيلات ما يجعلها تتمتع بنوع من الكفاية الذاتية [1].

2- إن الطابع الملزم لقاعدة الإسناد يوجب تحديد قانون العقد، لأنه في حالة المنازعة تكون الحاجة ملحة إلى القانون الذي تتأسس عليه الصفة القانونية La Juridicité للإلتزامات التعاقدية ، والإلزام الذي هو من سمات قاعدة الإسناد ليس هو موجه للمتعاقدين فحسب وإنما للقاضي أيضاً بحيث إذا تخلف تحديد الأطراف وجب عليه القيام بذلك التحديد طبقاً لعملية تركيز العقد حسب الظروف.

3- تأكيد الدعوى إلى النص على القانون واجب التطبيق، فقد كتب الفقيه نيبواييه Niboyet يقول " لماذا لاندرج شرطاً من سطرين يقول به الأطراف صراحة ما هو القانون الذي يقصدون الخضوع له..." [2] هذا ولقد حرص مجمع القانون الدولي على ضرورة الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق [3].

وإني أعتقد أن ما نادى به وينادي به مجمع القانون الدولي هو ما تقرره قاعدة الإسناد في كافة تشريعات العالم في ميدان العقود الدولية.

إننا ومن خلال هذا الفصل وما إحتواه من مسائل في غاية الأهمية، يمكننا أن نخلص في نهايته إلى نتائج أهمها.

إنه وبالرغم من جهود الفقه اللامتناهية في تحديد العقد الدولي تحديداً لا يترك معه الشك ولا يثير أصلاً التزاع النظري في مفهومه، إلا أن تلك الجهود وبمختلف مصادرها سواءاً الفقية منها أو الصادرة عن القضاء والتحكيم لا نقول أنها قاصرة وإنما هي بعيدة عن الهدف المنشود والمتمثل في التحديد الدقيق للعقد الدولي، فبالرغم من إعتماد معايير لذلك والإختلاف في مسألة الأخذ بهما سواءاً فرادى أو مفاضلة بينهم أو حتى الجمع ودمجهم أحياناً إلا أن الغموض لا يزال يكتنف العقد الدولي، وحسب رأي أن هذا البعد ليس مرده إلى صعوبة العقد الدولي وتغير الوضع والتطور الذي يشهده العالم المعاصر ولا حتى إهمال الفقه أو القضاء لهذا الموضوع بل على العكس، فإن هذا البعد مرده إلى المصالح المتضاربة والآراء المختلفة وأبسط دليل مثلاً حول الأخذ بالمعيارين (الإقتصادي أو القانوني)، وهذا ما يدل أن الدراسة القانونية في مجال العقود الدولية خاصة أصبحت مسيسة، بحيث نجد كل طرف أو جانب من الفقه يدافع عن وجه نظره التي تخدم مصالح دولته وهذا أعتقد أنه غير خفي فمن يستفيد من نظام التوطين يسعى جاهداً لتغليبه والعكس بالنسبة للتدويل.

---

[1] : لاحظ في هذا التحديد الدقيق مثلاً ما نصت عليه المادة 2/28 من العقد النمطي والشروط العامة لتصدير وإسترداد المصانع رقم 188-2 والذي أعدته اللجنة الإقتصادية لأوروبا عام 1957 تنص على أنه " ما لم يوجد إتفاق مخالف فإن العقد يكون محكوما بقانون المجهز وذلك في النطاق الذي يسمح به قانون الدولة التي ينفذ بها العمل، تفصيلاً في هذا ولمواد أخرى لها نفس المعنى، أنظر د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 255 وما يليها.

[2] : لاحظ في فقه نيبواييه Niboyet مؤلف أستاذي د. زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق ص 70 وما بعدها وكذلك د. محند إسعاد، مرجع سابق ص 70. وما بعدها.

[3] : لقد حرص مجمع القانون الدولي في دور إنعقاده بمدينة أوسلو عام 1977 وفي المادة 1/2 من قرار على ضرورة الإختيار الصريح للقانون واجب التطبيق ومحتوى هذه المادة هو " من أجل تسهيل تسوية الصعوبات التي يمكن أن تثور في موضوع العقود المعنية- المبرومة بين المنظمات الدولية وأحد الأشخاص الخاصة – فإنه من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة =المصادر الوطنية أو الدولية التي يستقي منها القانون واجب التطبيق"، وهو موقف أكده المجمع مرة أخرى في دور إنعقاده بأثينا عام 1979 في مادته 1/4 من قراره الذي نص فيه على "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون واجب التطبيق على عقدهم"، راجع في هذا د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 287.

أما عن مبدأ سلطان الإرادة – قانون الإرادة– الذي يعتبر عصب العلاقات التعاقدية لاسيما ذات الطابع الدولي، فهو وإن كان مقبولا على الصعيد الداخلي ، والدليل هو إعتماده من قبل أغلب النظم القانونية في العالم، إلا أنه ذا مفعول ضئيل على نفس هذا المستوى– أي على الصعيد الداخلي– لسبب بسيط هو أن كل العلاقات أغلبها يغلب عليها الطابع التنظيمي الآمر.

أما على الصعيد الدولي فدور مبدأ سلطان الإرادة عظيم، وأهميته تكمن في أنه يعد من أبرز ضوابط الإسناد لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية التي بطبيعتها ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد.

لكن الملاحظ هنا ورغم أن قانون الإرادة هو مبدأ مكرس بموجب نص قانوني إلا أنه بات محل جدل وهذا دليل آخر على أن هناك صراع بين نزعتين، أنصار قانون الإرادة وهم رواد فكرة التوطين وأنصار فكرة التدويل، وهم الساعين ليس فقط لإقصاء قانون الإرادة الذي هو قانون دولة ما وإنما إستبدال كل النظام الخاص بالعقود الدولية حتى يجردوا بعض الدول من آخر وسيلة تملكها لتأمين سيادتها على ثرواتها ألا وهي قاعدة قانونية فقط.

و أعتقد أن ميلاد أزمة التوطين مردها الأساسي هو هذا الصراع بحيث أصبحت هناك تيارات تقلل من أهمية المبدأ، فضلاً عن التغيرات المشهورة التي تحاول أن تجعل من النظام التقليدي غير ملائم لحكمها أو على الأقل لتحديد القانون المختص لذلك.

ناهيك عن قصور قانون الإرادة وعدم شموليته لحكم كل جوانب العقد، وهذا حسب تقديري ليس بالعيب لأن تشعب المسائل التي تدخل في العقد تقتضي بالضرورة إختلاف القانون الذي يحكمها وما في ذلك الإختلاف إلا تنسيقاً وتنظيماً حتى لا تشوه العلاقة التعاقدية من جهة وكي يضمن الإستقرار في المعاملات من جهة أخرى.

إن المتعاقدين لم يكتفوا بتلك الرخصة التي منح إياهم القانون في إختيار قانون عقدهم وإنما حاولوا ليجعلوا من حريتهم مطلقة بل أكثر من ذلك، طموحهم اللامعقول الذي دفعهم إلى محاولة جعل العقد فوق القانون أو على الأقل حر من حكم القانون، وهذا ما أزم فعلاً أزمة قانون الإرادة وهو ما نناقشه من خلال الفصل الموالي.

الفصل الثانـــي: المتعاقدون وتفعيل أزمة قانون الإرادة – إستفحال أو ذروة أزمة التوطين–:

يحاول الفقه منذ عقد بعيد أن يقيم التوازن المرغوب بين الإرادة الفردية وإرادة القانون بل ويسعى إلى تأكيـــد هيمنة الثاني على الأول لما تقود إليه إرادة القانون من تحقيق الآمان والإستقرار للروابط العقدية.

ولكن الملاحظ هو أن تلك المحاولات قد خانها تطور الفكر القانوني المعاصـــر الـــذي أطلـــق العنـــان لإرادة الأطراف ليس فقط في إختيار القانون واجب التطبيق على العقد، بل أيضاً في ممارسة بعض السلطات التي تخـــرج هذا القانون عن مضمونه وتفرغه من محتواه على نحو يجعل قانون الإرادة لغواً لا قيمة له ومن ثم يحيل العقد الدولي إلى عقد حر أو طليق[1].

ولو أن من المفروض وجود في العقد الدولي توازن بين إرادة الأفراد والقانون المختار بل الأصـــل أن تـــسمو إرادة القانون على تلك الأولى، غير أن الفكر القانوني أطلق العنان لإرادة الأطراف لدرجة إفراغ القـــانون مـــن محتواه.

وقد بدى ذلك في الإعتراف من جانب القضاء بسلطة الأطراف في تجميد قانون العقد من حيث الزمان بحيث لا يسري على المتعاقدين وعقدهم إلا أحكام القانون المختار النافذة وقت إبرام العقد دون تلك اللاحقة له أي التي تطرأ بعد ذلك، (المبحث الأول) كما إتضح ذلك في محاولة إدماج أحكام القانون في العقـــد أي إنـــصهاره فيـــه وتحويل قواعده إلى مجرد شروط تعاقدية لا يكون لها من قوة إلا تلك التي يمنحها الأطراف إياه (المبحث الثاني) أو في تهميش دور قانون العقد عند إختياره بحيث لا يطبق إلا بصفة إحتياطية (المبحث الثالث) .

هذه هي المظاهر الثلاث التي تكشف حقيقة تفعيل المتعاقدين لقانون الإرادة إضافة إلى الإشكالين الموضـــوعين السابق الإشارة إليهما [2]. ونحاول دراسة تلك المظاهر على التوالي.

[1]: أنظر د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 303 وما بعدها.

[2] : انظر المبحث الثالث من الفصل الأول لهذه الرسالة.

المبحث الأول: تجميد قانون العقد في الزمان:

La pétrification de la loi du contrat dans le temps:

أو كما يعبر على هذه الفكرة بالثبات التشريعي Stabilité législative.

مادام القانون ظاهرة إجتماعية يحكم جوانب الحياة، وهذه الأخيرة متطورة ومتغيرة فكان لزامـــاً أن يتطـــور ذلك القانون لمواكبة المستجدات والتأقلم معها.

ويبدو جلياً في مجال العقود الدولية، أن المهتمين بهذه العقود يحاولون عزل تلك العقود عن القانون بما في ذلك المشرعون والمتعاقدون انفسهم وحتى القضاء يبارك لهم هذا المسعى، وإنهم يسعون لبلوغ هذا الهدف –عزل العقد عن القانون– عن طريق تجميد القانون في الزمان gélé-pétrifier بحث لا يسري على العقد إلا القانون بحالـــه وأحكامه التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع إستبعاد كافة التعديلات التي قد تطرأ عليه في المستقبل[1].

وهذا التجميد الزمني pétrification temporelle يؤدي حسب رأي الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة[2] إلى جعل العقد الدولي طليق أي بغير قانون وتحريره من سلطان القانون واجب التطبيق عليه.

والجدير بالذكر هنا هو أن مثل هذا الشرط يعد كأصل عام شرطاً غير معتاد في قانون عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة طرفاً فيها[3].

ومهما يكن فإنه وحسب تقديري أن الباعث إلى تجميد القانون المختار الواجب التطبيق على عقود التجـــارة الدولية المعتادة، هو أن هذا القانون هو الذي تعرفه الأطراف المتعاقدة على نحو قاطع وهو الـــذي يتماشـــى مـــع توقعاتهم ويحقق الآمان القانوني لهم، وهي أمور ملحة وحيوية على صعيد التجارة الدولية، فضلاً عن ذلك فإن تمتع أطراف العقد بحرية إختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم يترتب عنه نتيجة حتمية مفادها وكما أشـــار إليـــه الأستاذ –أحمد عبد الكريم سلامة– قدرة الأطراف على تجميد ذلك القانون مما ينجر عليه إفـــلات العقـــد مـــن الخضوع للآثار الناجمة عن التغيرات التشريعية التي قد تطرأ على ذلك القانون [4].

ولما كان تجميد قانون العقد أو الثبات التشريعي كذلك فإنني أقترح تقسيم دراسة هذا المبحـــث إلى ثلاثـــة مطالب متتالية بحيث الأول خاص بالتجميد الزمني في نطاق العقود الدولية، ومطلب ثاني إلى مـــبررات الثبـــات التشريعي وتكييفه القانوني، وفي مطلب أخير نعرج على مدى صحة شروط الثبات التشريعي وآثاره.

المطلب الأول: التجميد الزمني في واقع العقود الدولية:

يبدو التجميد الزمني لقانون العقد في الواقع العملي من خلال شروط العقود الدولية ذاتها، وتهدف على نحـــو ما أشرنا سابقاً في حقيقة أمرها إلى إخضاع العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابـــت ومحدد ومعروف من الأطراف منذ لحظة إبرامه وحتى إنقضائه وللوصول إلى هذه الغاية، فإن الأطـــراف المتعاقـــدة

---

[1]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 305، وفي نفس المعنى مؤلفه، نظرية العقد الدولية الطليق، مرجع سابقن ص 91.

[2] : أنظر حكم غرفة التجارة الدولية بباريس الذي أبرز أن هذا الشرط من الشروط المألوفة في الفرض الذي يكون فيه العقد خاضعاً لقانون الدولة المتعاقدة.

C.C.I. 1434, 1975, Clunet, 1976, 978

[3]: أنظر لتفصيل أكثر مؤلف أ.د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية مرجع سابق، ص 321 وما يليها.

[4] : مرجع سابق، ص 323.

تدرج في العقد شروطاً من شأنها حظـــر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق علـــى العقد [1].

وتبدو هذه الشروط Clauses de stabilité législative التي يتم بمقتضاها تجميد قانون العقد المختـــار أكثر ذيوعاً في العقود الدولية لاسيما شأن عقود الإستثمار والتنمية الإقتصادية [2].

وإن التحليل الفني لتلك الشروط يؤدي إلى تصنيفها بين نوعين شروط تعاقدية وأخرى تشريعية [3]. وعلـــى هذا فإنني أدرج في هذا المطلب فرعين الأول منهما يتناول شروط الثبات الزمني في العقود الدولية والثاني أنـــاقش من خلاله موقف القضاء من ذلك.

الفرع الأول: شروط الثبات الزمني في العقود الدولية:

إن التحليل الفني لهذه الشروط يؤدي إلى تصنيفها بين نوعين شروط تعاقدية، وأخرى تـــشريعية [4] ونفـــصل كلاهما في بندين مستقلين:

أولاً: الشروط التعاقدية أو الإتفاقية:Clauses Conventionnelles :

يقصد بهذه الأخيرة هي تلك الشروط الواردة ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته، وتنص صراحة علـــى القانون الذي يسري على العقد عندما يثور نزاع بشأنه، هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام، مع إستبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها [5].

ومن أمثلة تلك الشروط نذكر نص المادة 15 من العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحـــث عن البترول وإستغلاله، الذي جاء فبه أنه لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات الـــتي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الإتفاق.

وأيضاً نص المادة 14 من العقد المبروم بين دولة توجو وشركة مناجم Benin الذي قرر أنه في الحالة الـــتي تطرأ عليها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للإختصاص في جمهورية توجو المستقلة، فإن تلك الأخيرة تتعهـــد بـــأن تضمن بإستثناء خاص لصالح شركة مناجم Benin الإستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجميـــة وحقوق المناجم المقابلة، الممنوحة للشركة، هذا ما لم تتمسك تلك الخيرة بالأحكام الجديدة [6].

---

[1]: انظر في هذا مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية المرجع السابق ص 328 وما بعدها، حيث هي الأخرى تقـــسم شـــروط الثبـــات التشريعي على أساس المعايير المستخدمة لذلك، وتشير إلى المعايير الشكلية وأخرى غائية أو وظفية.

[2] : أنظر في هذا المعنى مؤلف أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، في كل من الإلكتروني– السياحي، البيئي، دار النهضة العربية ط2000 ص 35 وما يليها وفي نفس المعنى مؤلف د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

[3] : أنظر مؤلف د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 306 وكذلك مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 92 و93.

[4] : هذا حسب تقسيم د.أحمد عبد الكريم سلامة راجع مؤلفيه قانون العقد الدول، مرجع سابق ص 306 وكذلك نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 93.

أما أ.د. حفيظة السيد الحداد فتقسم هذه الشروط إستناداً إلى المعيار المستخدم للتقسيم بحيث تفرق بين المعايير الشكلية وبين المعايير الغائية لشروط الثبات لتفصيل أكثر أنظر مؤلفهـــا العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 329 وما يليها.

[5]: أنظر د.احمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص 307.

[6]: وقريب من هذا النص المادة 19 من الإتفاقية بين الغابون مع شركة France-Ville لمناجم اليورانيوم "تتعهد جمهورية الغابون بأن تضمن وفقاً لإستثناء خاص، لصالح الشركة الإستفادة من الأحكام السابقة إلا إدا طلبت الشركة التمسك بالأحكام الجديدة"، راجع في هذا مؤلف، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقـــد الـــدولي، مرجـــع ســـابق، ص307.

وكذلك جاء بأحد العقود المبرمة في سنة 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية أنه يكون واجب التطبيق على العقد "القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي...".

وهناك العديد من الأمثلة في هذا المجال [1]. وهناك من يستند إلى المعيار الشكلي ويجعل هذا النوع من شروط الثبات التشريعي الأساس في تمييزها هو المصدر أي تجد مصدرها في الإتفاق بين الدولة والأطراف معها في العقد[2].

ثانيــاً: الشروط التشريعية: Clauses législatives:

هي تلك التي تستند إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد والتي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الإستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد بإستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون [3]، أي بمعنى تعهد الدولة في مواجهة المتعاقد معها بألا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد والإتفاق.

أما عن طبيعة شروط الثبات التشريعي أو التكييف القانوني لها، فإنه ولما كان شرط الثبات التشريعي يوجد في صلب قانون الدولة، الصادر عن سلطتها التشريعية فإنه يعتبر على أي حال قيداً على إستعمال السلطة القاعدية للدولة Pouvoir normatif لأن المجال الذي يتدخل فيه هو ذلك الذي لا يكون تطبيق القانون فيه محلاً للجدل ويخرج من سلطان إرادة الأطراف في أحد العقود العادية[4].

أما عن الإعتراف بشروط الثبات الزمني بنوعيها، أي سواء تعلق الأمر بالإتفاقية منها أو التشريعية فإن مبدأ وجودها يبدو مشروعاً ومعترف به [5].

فقد وافق مجمع القانون الدولي في دور إنعقاده في مدينة أثينا باليونان سنة 1979 بمناسبة مناقشة القانون واجب التطبيق على العقد على ذلك [6].

ولقد عاد مجمع القانون الدولي ليؤكد إمكانية التثبيت الزمني لقانون العقد في دور إنعقاده بمدينة بال في سويسرا عام 1991 عند بحث مشكلة قانون الإرادة في العقود الدولية [7].

ومهما يكن فإنه تعددت الإتجاهات الفقهية التي تناولت بالتحليل شروط الثبات التشريعي وآثارها.

---

[1] : لقد نصت المادة 41/ب من إتفاق الكونسورسيوم لسنة 1954.

" No general or special legislatuve or administrative measure or any other act whatever: shall annual this agreement amend or nodify its provisons or prevent or hinder the due and effective performance of its terms, such annulment amendment or modification shall not take place except by agreement of the parties to this agreement"

[2] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ص 329.

[3] : انظر على سبيل المثال قانون البترول الإيراني الصادر سنة 1957، قانون الإستثمار الكاميروني الصادر سنة 1960، قانون البترول الليبي الصادر 1955، ولتفصل أكثر راجع، المرجع السابق ص 329.

[4]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 310.

[5]: لتفصيل أكثر راجع مؤلفي الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 310 وما يليها وكذلك نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 96، 97.

[6] : لاحظ المادة 03 من القرار الذي إتخذه بأنه "يجوز لأطراف الإتفاق، على أن أحكاماً في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد".

[7]: حيث نصت المادة 08 على أنه "إذا إتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق أحكامه كشروط مادية مندمجة في العقد، ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكمه بنحو آمر العقود السارية وجب تطبيق تلك القواعد" .

الفرع الثانـــي: موقف القضاء من التجميد الزمني لقانون العقد:

إن شروط الثبات الزمني، الإتفاقية والتشريعية كما قسمها جانب من الفقه[1]، هي حديثة العهد نسبياً في واقع العقود الدولية، حيث ظهرت في بداية الستينات من هذا القرن ولكن يلاحظ أن المبدأ الذي تقوم عليه ونتيجته قد أقرها القضاء في منازعات العقود الدولية منذ الثلاثينات وذلك إعمالاً لمبدأ آخر هو الحرية الدوليـــة للإتفاقـــات والعقود[2].

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 مايو 1935 قبول التجميد الزمني بقـــانون العقد[3] بل أقرت بضرورة تثبيت قانون العقد في اللحظة التي تم فيها إبرام هذا الأخير، بحيث أن القوانين الجديـــدة اللاحقة لا تسري على العقد الذي يكون بمنأى عنها.

هذا ولقد نحت ذات المنحى محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 24 فبراير 1938 بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة Anvers مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية [4].

والمتأمل في حيثيات الحكم يدرك أن المحكمة في معرض تدليلها قد أقرت فكرة تجميد القانون واجب التطبيـــق في الزمان وبحق الأطراف المتعاقدة في ذلك، لأن الحكم أقر صراحة وبعبارة واضحة "وحيث أنه إذا إرادة المتعاقدين إستبعدت كل مساس بهذا الشرط- شرط الوفاء على أساس الذهب- من قبل القوانين المستقبلية لتلك الدولـــة – نيويورك- فكان يمكنهم بل كان واجب عليهم أن يقولون أو يصرحوا به".

ولقد عادت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ1950/06/21 في قضية قريبة من تلك التي فصلت فيها محكمة النقض البلجيكية في الحكم السابق، لتؤكد مرة ثانية في نظر أنصار الثبات الزمني إمكانية تجميـــد قـــانون العقـــد Le gel de la Loi du contrat بإرادة الأطراف المتعاقدة [5].

وغير خافٍ هنا أن المحكمة قد إعترفت للأطراف المتعاقدين بالحق في إخضاع العقد لقانون دولـــة معينـــة بـــل وبضرورة هذا الخضوع [6] ولكنها في ذات الوقت أعطت لهم إمكانية إخراج العقد من نطاق نفاذ التعديلات الـــتي تطرأ على قانون العقد في تاريخ لاحق على الإبرام.

---

[1]: لتفصيل أكثر في تلك الأتجاهات، راجع مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 343 وما يليها.

[2] : أو كما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، راجع في هذا الخصوص مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 97.

[3] : وذلك في عقد أبرم بين مشتري فرنسي وأحد بيوت الصناعة في الألزاس في وقت كانت تابعة لألمانيا قبل الحرب العالمية الأولى، لمعرفة ملخص عن وقائع هذه القضية أنظر مؤلـــف د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 311 وما بعدها.

[4] : لمعرفة ملخص وقائع القضية والحكم راجع مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 99 وما يليها.

[5] : تتلخص وقائع هذه القضية في عقد قرض أبرمته شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري الفرنسية مع بعض الممولين الكنديين في 1927 وإشترط فيه الوفاء علـــى أســـاس قيمـــة الذهب وكان القانون الكندي عند إبرام العقد يقضي بصلاحية هذا الشرط تمسكت الشركة المذكورة عند مطالبتها بالوفاء أمام القضاء الفرنسي بأنها غير ملتزمة إلا بالوفـــاء بقيمـــة الدين على أساس القيمة الإسمية لعملة الوفاء وبطلان شرط الوفاء بالذهب عملاً بالتعديل التشريعي الـــذي طـــرأ علـــى القـــانون الكنـــدي The Gold Clause (1937) Actofapril والذي ألغى شرط الذهب، لتفصيل حول هذه القضية أنظر مؤلف د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

[6] : فقد ورد بالحكم صراحة أن: "Tout Contrat International est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat"

قضاء التحكيم وشروط التثبيت الزمني:

لم يكن قضاء التحكيم في العقود الدولية في غفلة عما يجرى في ساحة القضاء الوطني فقد إعترف هو الآخر بإمكانية تثبيت القانون واجب التطبيق عند لحظة إبرام العقد.

فقد جاء بقرار التحكيم الصادر في قضية Sapphire international petroleum V.N.I.O.C بتاريخ 15 مارس 1963 بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية أن الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية، وهذا يتضمن بالنسبة لها إستثمارات ومسؤوليات ومخاطر واسعة ويبدو حينئذ من الطبيعي أن تحمى من التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من إقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني، وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخاص والبسيط للقانون الإيراني، الذي يكون من السلطة الإيرانية أن تعدله [1].

وفي قضاء التحكيم الدولي الحديث نسبياً صدر قرار في قضية LIAMCO في 1977/04/12 يقضي بأن شرط التجميد الزمني لقانون العقد أو شرط الثبات التشريعي عموماً يتفق مع المبدأ العام لمعصومية –أو عدم جواز خرق– العقود المعترف به عموماً في القانون الداخلي والدولي على حد سواء، كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين [2].

وهكذا أضحى راسخاً جواز تجميد Figer قانون العقد في الزمان، بحيث لا تسري تعديلاته الجديدة على العقد المبرم قبل أن يصبح ساري المفعول، وبذلك يظل العقد خاضعاً فقط للقواعد القائمة وقت تكوينه أو إبرامه، بمعنى لا يسري القانون الجديد على العقد وإنما يظل هذا الأخير خاضعا لأحكام القانون القديم.

وإن أعتقد أنه وحتى إن كانت حرية الأفراد المتعاقدة مسموح لها في إستبعاد أحكام القانون الجديدة طالما أنها مقررة قانوناً إلا أني أرى في ذلك تجاوزا خطير في هذه الحرية، خاصة وأنه يخدم طرف، وغالباً ما يكون هو القوي – مثلاً المستثمر– على حساب الطرف الآخر الذي يكون قد يهدف من تعديل القانون إلى خلق بعض التوازنات المستقبلية، وإن مثل هذا التجاوز يشكل أزمة في قانون الإرادة.

والبديهي جداً هو أن هذه الشروط الخاصة بالثبات التشريعي ليست وليدة الصدفة إنما لها مبررات وهذا ما نناقشه من خلال المطلب الموالي.

[1]: أنظر : "…la société étrangère apportait à l'Etat iranien une aide financière et technique comportant pour elle des investissements des responsabilités et des risques étendues il apportait des lors normal quelle soit protégée contre des modifications législatives susceptibles de modifier l'économie du contrat et qu"une certaine sécurité juridique lui soit assurée ce que ne pourrait lui garantir l'application pure et simple de droit iranien, qu'il est au pouvoir de l'état iranien de modifier…".

[2]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص316، ولمزيد من القضايا أنظر مؤلف د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، دار الفكر الجامعي ط 2003، ص 25 وما بعدها.

المطلب الثانـــي: مبررات الثبات التشريعي وتكييفه القانوني:

مادام أن شروط الثبات التشريعي أصبحت حقيقة في المعاملات التجارية الدولية، وذلك بإعتراف كـــل مـــن الفقه والقضاء والتحكيم الدولي، بإعتبار أن تلك الشروط فيها ما يضمن طمأنينة للمتعاقد مع الدولة على الأقـــل من الناحية القانونية، فإن هذا يدفعنا للتسائل عن مبررات تلك الشروط، ثم عن التكييف القانوني لها، وهـــذا مـــا نحاول التطرق إليه من خلال فرعين متتالين.

الفرع الأول: مبررات تجميد قانون العقد في الزمان:

إنه ومن غير المتعذر أو حتى المرهق أن ندرك غاية تثبيت Stabilisation القانون الواجب التطبيـــق علـــى حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد وقبل ذلك، وهي إستقرار الرابطة العقديـــة، وكـــذلك حفـــظ توقعـــات الأطراف حيال القانون، لأنه قد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد مؤدية عند تطبيقها إلى قلـــب التـــوازن التعاقدي، بل قد تؤدي إلى توجيه إقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر فيلحق بـــه الضرر.

والواقع أنه يوجد أمران يدعمان تبرير شروط التجميد أو الثبات التشريعي[1].

الأول: نفي صفة قانون الإرادة عن التعديلات الجديدة:

يمكن القول بأن تثبيت قانون العقد في لحظة الإبرام يتماشى مع فلسفة قاعدة تنازع القوانين في العقود[2] بحيث أن جوهر تلك القاعدة أن تطبيق ذلك القانون يجد مصدره وأساسه المباشر في إرادة الأطراف المتعاقدة، فالقـــانون المختص هو الذي إختاره الأطراف لأنهم يريدونه ويرغبون لحكم عقدهم.

وما يلاحظ هنا أن القواعد التي تطرأ على القانون المذكور – القانون المختار- بعد إبـــرام العقـــد لم يردهـــا المتعاقدون، بل لم تنصرف إليها نيتهم حتى، وإن في تطبيقها عليهم رغم ذلك يعني تطبيق قانون آخر غير قـــانون الإرادة، وهذا ما يشكل خرقاً لمبدأ أساسي في مجال العقود الدولية خاصة وهو مبـــدأ ســـلطان الإرادة أو قـــانون الإرادة لأن ما يجب إعتباره دائماً هو ما أراده الأطراف وما أرادوه فقط [3].

ويترتب على ذلك:

- من ناحية أن التعديل اللاحق لهذا القانون – واجب التطبيق والمختار فعلاً –حـــتى ولـــو إعتبرنـــاه رجعيـــاً Rétroactive، لا يكون له صفة لكي يفرض على المتعاقدين، حيث أن إختيارهم قد تم هذه المـــرة أيـــضاً،

---

[1]: أنظر في تفصيل هذا المؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 317 وما بعدها وكذلك مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 103 وما بعدها.

[2] : لتوضيح أكثر حول فلسفة قاعدة تنازع القوانين في العقود أنظر كل من : مؤلف أستاذي الدكتور زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع ســـابق ص 211 ومـــا بعدها كذلك أ.د. حفيظة السيد الحداد الوجيز في القانون الخاص،مرجع سابق ص 467 وما بعدها كذلك د. ممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص تنازع القوانين دار الثقافة ط 2005 ص 161 وما يليها.

[3] :راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 104.

ليس طبقاً لإختصاص مجرد لذلك القانون، ولكن طبقاً لمضمونه الملموس كما كان موجودا لحظة تعاقـدهم وإتفاقهم على إختياره [1].

- ومن ناحية ثانية يكون من السائغ للمتعاقدين أن يختاروا هذا الجزء من ذلك التشريع أو التشريع كمـا هـو موجود في تاريخ محدد[2].

الثانـي: إندماج القانون المختار في العقد:

يتحصل في أن الأحكام التي طرأت على القانون واجب التطبيق لا تسري على العقد لأن ذلك القانون ذاتـه قد فقد صفته بإعتباره كذلك –كقانون – فالواقع أن قانون العقد لمجرد إختياره من قبل الأطراف يفقـد صـفته كتعبير عن إرادة مشرع معين أو كقانون قاعدي Loi normative، ويعتبر مجرد شرط تعاقدي فهو ينـدمج في العقد est incorporé au contrat الذي اختير له [3].

وفي ذلك المعنى يقول الاستاذ "جيرودي لابراديل" g.de la pradelle " أن العقد الـدولي يفلـت مـن تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف ...وهنا يندمج هذا القانون في العقد" وبعبارة أخرى فإن " كل شـيء يتم حينئذ كما لو أن المتعاقدين، داخل إطار إستقلال إرادتهم قد أدمجوا في إتفاقهم عدداً مـن القواعد المـستعارة من التشـريع الوطني، وغير ذي أهمية كون أن الإندماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني القواعد المقصودة" [4].

وقد يدفعنا هذا التحليل إلى التساؤل عن التكييف القانوني لشروط التجميد أو الثبات الزمني- وهو ما نتعرض له من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثانـي: التكييف القانوني لشرط التجميد:

نشير بداية إلى أن الفقه تجاهل المشكلة و لم يتعرض لها بشكل صريح أو مباشر، أي لتحديد الطبيعة القانونيـة لشروط تثبيت، أو تجميد القانون المختار على حالته التي كان عليها وقت التعاقد، ومع ذلك قد يبدو من المفيـد إستخلاص الموقف العام للفقه من خلال مناقشته تلك الشروط [5].

والجدير بالذكر هو أن تجاهل الفقه لدراسة تلك المسألة لم يكن مطلق إنما إنقسم بـصددها، بحيـث ذهـب جانب منهم إلى النظر إليها على إعتبار أنها تعد إستثناءاً على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد، بينما ذهب

---

[1] : راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 318، وقريب من هذا المعنى ، أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بـين الدولـة والأشـخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 337.

[2] : إن هذا التحديد له أهميته لأن تعيين القانون واجب التطبيق من قبل القاضي، دون الأطراف وفقاً لتوطين العقد أو تركيزه في مكان معين حسب معيار موضـوعي يحـول في رأي البعض دون النتيجة المقصود، في هذا الصدد وهي إندماج l'Incorporation القانون في العقد، في هـذا المعـنى راجـع الفقيـه: H.Batiffol, Subjectivisme et Objectivisme dans le Droit International Privé des Contrats, Choix d'Articles, LGDJ 1976, P249.

[3] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 339 وما بعدها

[4] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 318 وقريب من ذلك المعنى د. هشام صادق عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 130 وما بعدها.

[5] : أنظرد.احمدعبد الكريم سلامة.قانون العقد الدولي، المرجع السابق ص 318 ومابعدها وكذلك مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق مرجع سابق، ص 106.

جانب آخر من الفقه إلى إعتبارها شروطاً تؤدي إلى إندماج القانون في العقد على نحو يفقد معه صفته القاعدية[1].

ورغم إختلاف الدارسين في إعطاء تسمية موحدة لتلك الوجهات المختلفة من الفقه إلا أني أرجح دراستها وفقاً لما أطلقه عليها الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بحيث ميز بين رأيين هما:

الرأي الأول: شروط تحويلية لطبيعة القانون:

لا بأس أن نذكر بما سبق قوله والمتمثل في كون فريق من الشراح [2] أن التعديلات التي تطرأ على القانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد، لا تسري عليه بالنظر إلى أن ذلك القانون يندمج في العقد ويصبح عبارة عن شرط تعاقدي clauses contractuelles كباقي شروط العقد أوبنوده، وهنا لا يكون ذلك القانون سوى إسمه فقط ويفقد صفته القاعدية caractère normatif، وهنا يستنتج أن شرط التجميد الزمني تمارس أثراً تحويلياً effet transformateur لطبيعة القانون المختار لحكم وتنظيم العقد [3].

ولا يغيب عن البال أن ذلك التحويل transformation يتأتى من مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للإتفاقات والعقود، فإستناداً إلى هذا المبدأ يستطيع الأطراف المتعاقدة ليس فقط إستبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي، بل أيضاً صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها أو يمنحها لها الأطراف أنفسهم أو كما يعبر عن ذلك البعض [4] إن قانون الإستقلال – الإرادة– قد أضحى ملكاً المتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة إبطال تعهدهم ولا سلطة تعديله دون رضائهم".

وأمام هذا التحليل نتسائل عن مجال إعمال هذا الرأي:

لذلك فإن هذا الرأي أي الذي يعتبر من شروط الثبات التشريعي أنها تحويلية لطبيعة القانون لا يصلح إلا بصدد الشروط التعاقدية أو الإتفاقية للثبات أو التجميد الزمني للقانون [5] حيث أن الأطراف المتعاقدة تقوم بإختيار القانون واجب التطبيق وإدماجه في العقد [6] بل أكثر من ذلك أن هذا الإتجاه من الفقه لا يصح قولهم إلا في الحالة التي يكون هناك إختيار صريح من قبل أطراف العقد لقانون عقدهم، اما لو تم تحديد ذلك القانون من قبل القاضي حال غياب إرادة الأطراف، فإن فكرة الإندماج ذاتها تهدر وبالتالي الطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر[7].

---

[1] : أنظر في هذا التقسيم مؤلف أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية مرجع سابق ص 335 وما يليها، والتي تخلص إلى نتيجة فحواها أنه ومهما كان التكييف القانوني لطبيعة تلك الشروط إلا أنها تهدف إلى نتيجة واحدة وهي فقدان القانون طبيعته القاعدية يترتب عليه الإفلات من الخضوع للقانون ومن ثم تحقيق نظرية العقد الدولي الطليق التي كتب عنها د. أحمد عبد الكريم سلامة، لاحظ هذه النتيجة ص 342 من مؤلفها المشار إليه.

[2] : أنظر مثلاً: المؤلف هشام صادق كذلك أحمد عبد الكريم سلامة، أحمد القشيري، أيضاً الفقيه Batiffol، الفقيه Dela Pradelle...إلخ من الشراح.

[3] : لتفصيل معمق راجع د.أحمد عبد الكريم سلامة في مؤلفيه، قانون العقد الدولي أو نظرية العقد الدولي الطليق، مشار إليها سابقاً ص 320، 106 و107 على التوالي. كذلك قريب من ذلك المعنى أ.د. حفيظة السيد الحداد مرجع سابقاً ص 337.

[4] : من بينهم : JDonnedieu، Batiffol، Goldman،...إلخ.

[5] : أنظر كل من أ.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق مرجع سابق، ص 107 و108، وفي نفس المعنى تقريباً، أ.د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 339.

[6] : أنظر د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها.

[7] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 321، وقريب من المعنى أرجع إلى أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقد المبروم بين الدولة والأشخاص، مرجع سابق، ص341، 342.

الرأي الثانـــي: شروط توقيفية لقوة سريان القانون:

إذا إتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية الموجودة والنافذة وقت إبرام العقد دون تلـــك المـــستحدثة والجديدة التي تطرأ بعد ذلك، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانـــون الذي تندرج تلك القـــواعد تحـــت لوائه، بل يتوقف فقط سريان القواعد الجديدة المستحدثة بعد إبرام العقد، فهي تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني[1].

وهنا نقول أن لشروط التجميد أو الثبات أثر توقيفي effet suspensif لقوة ســـريان قـــانون العقـــد في تعديلاته اللاحقة على العقد، وقد يسند هذا الرأي على عدة إعتبارات.

01/ من ناحية دور الإرادة هو إختيار وليس إعمال القانون:

إن قانون العقد هو خارج عن إرادة الأطراف بل هو صادر عن سلطة تشريعية يفرض علـــى هـــؤلاء فهـــم المخاطبون بأحكامه، حقيقة أن إرادة الأطراف تتدخـــل في مرحلة معينة لتحديد وإصطفاء قانـــون معين لحكـــم العقد، وإلى هنا وهنا فقط ينتهي سلطان إرادة الأطراف، بحيث تظل تلك الأخيرة-الإرادة- عاجزة ولا تـــستطيع على أن تدمج القانون في العقد، بل عند إختياره ليسري على العقد تحدد حالته التي يطبق بها على هذا العقد [2].

02/ دور القاضي هو تطبيق القانون وإعماله:

القاضي وهو يطبق القانون المختص، فهو يطبقه بإعتباره قانوناً وليس شرطاً تعاقدياً، وهو يوقع الجزاء الـــذي يتضمنه، ولا يصح التحدي هنا بأنه من غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون، فالغالب أن شروط الثبـــات أو التجميد التي يكون لها هذا الأثر التوقيفي هي شروط تشريعية موجودة بالقانون المختار خصوصاً قانون دولة معية طرف في عقد خاص أو عام دولي، وليس في هذا الفرض ثمة ما يمنع فنياً من تجميد الدولة لقانونها فهـــي مـــشرعه وخالقه[3].

وما يبدو لي أن الرأي المتقدم يتطلب لتحقيقه ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظـــام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يقال أن في إستمرارية القانون المختار على الرغم من نفاذ هـــذه القواعـــد إستثناء على مبدأ السريان الفوري، أما إذا كانت قواعد القانون الجديد مكملة فإن هذه القواعد لا تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم.

03/ قاعدة الإسناد لا تفرض إسناداً زمنياً:

يرى البعض أن إمكانية تحقق الأثر التوقيفي حتى في خصوص شروط التجميد أو الثبات التعاقدية وهنا يكون ذلك الأثر من عمل الأطراف أنفسهم في العقد، وحجة هؤلاء في ذلك هي أن قاعدة الإسناد في القانون الـــدولي تسمح للأطراف بإختيار قانون العقد [4] ولا تفرض إسناداً زمنياً rattachement temporel إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد وهي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائمـــاً أخذ مضمون ذلك القانون في الإعتبار.

---

[1] : د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 108.

[2] : المرجع السابق، ص 109.

[3] : أنظر كل من د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص322 أو في نفس المعنى مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 109و 110.

[4] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 341، 342.

ومهما يكن من أمر فإننا نشير في النهاية إلى تلك النتائج التي يقود إليها شروط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي لقانون العقد في لحظة إبرام العقد محل النزاع.

نتائج شروط التجميد:

في الواقع أن شروط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي تقود إلى نتيجتين هما:

الأولى:

أن القانون يفقد في النطاق الدولي طبيعته كما حددها القانون الداخلي، بمعنى أن إختصاصه لا يكون إلا إختيارياً، أي متى رغب في ذلك أطراف العقد الدولي، وهنا ينتهي الأمر إلى أن إحترام الحقوق الفردية يخل بإحترام القانون في طبيعته الجوهرية [1]، وفي معنى قريب من ذلك يقول باتيفول "Batiffol" أن "الإعتراف للأطراف بسلطة إختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم...يؤدي...إلى أن الأطراف يكونون أحرارا في عدم إختيار قانون إلا تحت شرط لاسيما إستبعاد كل حكم جديد سوف يصدر ويؤثر على العقود السارية"[2].

الثانيـــة:

أن العقد يصير في الحقيقة مع تلك الشروط كأنه غير خاضع لأي قانون، أي طليقاً من سلطان القانون وذلك على الأقل إبتداءاً من وقت حدوث تعديل في القانون الجديد المفروض أن يكون واجب التطبيق عليه [3].

المطلب الثالث: مدى صحة شروط الثبات التشريعي وأثرها:

تعتبر مسألة صحة شروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عليها من المسائل التي أثارت جدلاً كبيراً ليس فقط في الأوساط الفقهية بل تعدى الأمر أيضاً هذا الإطار الأكاديمي وتم طرح هذه المسألة أمام هيئات التحكيم [4].

وتعتبر مسألة صحة شروط الثبات من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وحقها في تعديل الإلتزامات الناشئة عن العقود إذا كان ذلك التعديل تقتضيه المصلحة العامة[5].

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين الإتجاهات الرئيسية التالية، الإتجاه الأول الذي يدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق وهو ما نخصص له الفرع الأول من هذا المطلب، أما الإتجاه الثاني الذي ينكر على شروط الثبات صحتها وقدرتها على ترتيب أي أثر قانوني يحد من سلطان الدولة، وهذا ما نخصص له الفرع الثاني من هذا المطلب ونشير في الأخير إلى ملاحظات إنتقادية على التجميد أو التثبيت الزمني.

الفرع الأول: الإتجاه المؤيد لشروط الثبات التشريعي ونقده:

وفقاً لهذا الرأي تعتبر شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي، شروطا مقبولة وصحيحة بما يترتب على ذلك من تحقق الأثر القانوني الناجم عنها وهو عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة

---

[1]: أنظر د. هشام صادق عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها وفي نفس المعنى الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 323.

[2]: أنظر: H.Batiffol: Subjecvtivisme et Objectivisme.op. cit. P 253.

[3]: لاحظ مؤلف د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 324.

[4]: أنظر ما تم الإشارة إليه في الفصل الثاني من خلال هذه الرسالة وبالضبط في الفرع الأول من المبحث الأول، ص.

[5]: لاحظ أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 343.

بتعديل العقد ذاته أو بتغيير القانون الحاكم للعقد أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك [1].

ويستند هذا الرأي إما إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام يقرر هذه الصحة [2]، وإما إلى إعتبار هذه الشروط صحيحة نظراً لأنها تعد من قواعد القانون الدولي المـــادي، أو لأنها من القواعد المادية.

وما يمكن إستخلاصه وملاحظته من خلال هذا الإتجاه، هو أنه يحاول أن يضفي على هذه الشروط نوعا مـــن الإستقلالية والذاتية عن كل نظام قانوني وطني [3] كما ينحاز هذا الرأي إلى المبادئ المستقرة في القـــانون ســـواءاً بالتعديل أو الإلغاء أو حتى بسط سلطان القانون الجديد عليها.

نقد هذا الإتجاه:

رغم أن شروط الثبات لها مزايا عدة قد حاول المؤيدون إبرازها من خلال وجهة نظرهم، إلا أنـــه لا يخلـــو من المساوئ، نذكر أهمها [4]:

1- يؤدي هذا الرأي إلى تجميد قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان ممـــا يرتـــب إفلات ذلك العقد من حكم أي قانون لاسيما إذ أخذنا في الحسبان أن أغلب العقود الدولية تكـــون طويلـــة المدة.

2- إن هذا الرأي يعيبه أن يقوم على إفتراض يحتاج إلى إثبات، فهو يقيس ذاتية شروط الثبات وإستقلاليتها علـــى ذاتية بعض الشروط الأخرى المكرسة والمعترف بها منذ زمن بعيد فإن مثل هذا القياس يقتضي إقامة الـــدليل عليه وهذا ما عجز عنه المؤيدون [5].

3- هذا الإتجاه يجعل من العقد منطقة لا تستطيع الدولة أن تقترب منها إلا وهي مجردة من كل المزايا التي يخلعهـــا عليها القانون الدولي العام، وأيضاً قانونها الوطني، تلك المزايا التي يجعل الدولة سواء قبلنا ذلك أو رفـــضناه في مركز متميز عن الطرف المتعاقد معها، أو على الأقل تضعه معها على قدم المساواة ولكن ليس في مركـــز أدنى منه في أي حال من الأحوال، وهذه الحقيقة غابت تماماً عن المؤيدين.

4- هذا الرأي يقوم على إفتراض غير حقيقي، وهو أن سيادة الدولة وأهليتها التعاقدية مسألتان لا يمكن التوفيـــق بينهما، لأن الدولة تتعاقد بوصفها شخص يتمتع بالسيادة والقول بعكس ذلك يعني إنكار الحريـــة التعاقديـــة للدولة، وهو أمر يتعارض مع الحقائق النظرية ويكذبه الواقع خاصة وأن المصلحة العامة قد تقتـــضي عكـــس ذلك مما يقتضي معه تجاهل مثل تلك الشروط وترجيح الصالح العام.

---

[1] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 344.

[2] : لتفصيل أكثر في محتوى هذه النظرية راجع أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 18 وما يليها.

[3] : وهذا ما يقترب من بعض الشروط الأخرى المعروفة في إطار العلاقات التجارية الدولية والتي تتمتع بقواعد قانونية تحكمها وتؤكد على صحتها ونقصد بذلك قاعدة إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، وقاعدة صحة الدفع بالذهب في العقود الدولية، لتوضيح أكثر راجع، مؤلف الدكتورين مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية منشورات الحلبي الحقوقية طبعة أولى 1998، ص 349 وما يليها.

[4] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 346 وما يليها.

[5] : لمزيد من التوضيح أنظر د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الأول التحكيم، دار النهضة 1984 ص 75 وما بعدها.

الفرع الثانـــي: الإتجاه الرافض لشروط الثبات التشريعي ونقده [1]:

على عكس الإتجاه الأول الذي أعطى الأولوية لضرورة إحترام سلطات الإرادة وفردية العقود وثباتها للوصـــول إلى صحة شروط الثبات التشريعي، فإن هذا الإتجاه الرافض هو مستند إلى طبيعة العقود محل الدراســـة، وكـــون الدولة أحد أطرافها فهو يميل إلى تغليب إعتبارات السيادة ومن ثم حق الدولة في المساس بالعقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد أو تعديله بإرادة منفردة، وذلك بغض النظر إن كان العقد قد تـــضمن شروط الثبات التشريعي أم لا، بحيث تلك الشروط لا تشكل قيداً على إرادة الدولة وسيادتها.

ويستند هذا الإتجاه على أسس متنوعة سياسية إقتصادية وقانونية،ولعل أهم نقطة يرتكز عليها هذا الإتجاه هي أن هدف الدولة الآخذة في النمو في تحقيق التنمية الســـريعة لإقتصادياتها من خـــلال الـــسيطرة الكاملـــة علـــى مواردها، أيضاً من خلال الإستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي هي في حوزة الدول المتقدمة، وهذا لا يمكـــن ان يتحقق إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها وإحلال نظريات جديدة بدلاً منها تحقق المساواة بين الأطراف المتعاقدة.

والواقع أن هذا الإتجاه وما يسعى إليه من ضرورة وجود قواعد جديدة تحكم العلاقات بين الـــدول الناميـــة والغنية بدأت في الظهور في إطار المنظمات الدولية وأيضاً في العديد من المؤلفات الفقهية [2].

تقدير الإتجاه المدافع عن عدم صحة شروط الثبات:

الواقع أن هذا الإتجاه على الرغم من الثورية الواضحة في الأفكار التي يدعو إليها فإنها مع ذلك لا تعد أفكـــارا مجهولة في الفقه الغربي للعقود فلقد ذهب جانب من الفقه [3] الغربي إلى المناداة بقابلية تلك العقود للتعديل من قبل الدولة إذا كانت طرفا في العقد.

إن الفقيه Jean Flavien Lalive إنتقد بشدة هذه النظرة وذهب قائلاً بأن النظام الذي يـــسمح لأحـــد الأطراف من أن يتحلل من كامل الإلتزامات الملقاة عليه وبكل حرية، يؤدي في نهاية الأمر إلى أن تحل بدلاً مـــن الرابطة التعاقدية رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الضعيف في العلاقة وهو ما يؤدي إلى نوع جديـــد من أشكال النظام الإقطاعي، ومن هنا وصف تلك النظرية بالهدامة، إذ أنها تؤدي إلى تعطيـــل إزدهـــار التجـــارة الدولية وتضر بالتنمية[4].

[1] : أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 352.

[2] : فلقد إهتمت الأمم المتحدة من خلال الجمعية العامة والمجلس الإقتصادي والإجتماعي، واللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، بمناقشة موضوع سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وأصدرت الجمعية العامة عام 1962 قرارها رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية، كذلك تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها السادسة غير العادية الإعلان بشأن إنشاء نظام إقتصادي عالمي جديد "قرار رقم 320".

أما الفقهاء الذين إعتمدوا هذه الوجهة ودافعو عنها نذكر منهم الأستاذ Samuel Asante الذي يرى بأن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية لا يمكن أن تكيف على أنها عقودا عادية لمزيد من حجج هذا الفقيه وغيره دفاعاً عن هذا الإتجاه، أنظر المرجع السابق، ص 352 وما بعدها.

[3]: من بين هؤلاء الفقهاء نذكر الأستاذ Oppetit، الأستاذ Philippe Kahn وكذلك الأستاذ Samuel Asante، ولمعرفة بعض من دفوعهم حول هذا الموضوع، أنظر مرجع، أ.د. السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية مرجع سابق ص 360 وما يليها.

[4] : أنظر المرجع السابق، ص 365، 366.

وإنه وحسب إعتقادي أن وجهة نظر الفقيه Jean Flavien Lalive وكل من نحى منحاه في رفض نظرية الثبات التشريعي هي محل نظر، لأنه وكما سبق الإشارة إليه أن الإتجاه القائل بحق الدولة في تعديل العقد لا يجعل من هذا الحق حقاً مطلقاً تمارسه الدولة كسيف مسلط على الطرف المتعاقد معها، ولكن ذلك مقيد بل وتلجأ إليه إذا كانت الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسية المحيطة بها قد تغيرت –تغيرات جوهرية– هذا من ناحية، ومن جهة أخرى فإن الدولة وقبل تعديل العقد فإنها تلجأ أولاً إلى المفاوضات لتعديل الشروط التعاقدية.

هذا كما أني أرجح وأضم صوتي إلى الرافضين لفكرة الثبات التشريعي لأن في ذلك مصلحة للمتعاقد الضعيف –الدول النامية– خاصة إذا تعلق الأمر بتنميتها الإقتصادية كما يزداد تدعيمي لهذا الرأي بخصوص تعامل الدولة النامية في ثرواتها الطبيعية–مصدر رزقها الوحيد– فإن إمكانية التعديل أو حتى إنهاء العقد متى رأت أنه لا يخدمها فهو لصالحها بشكل مباشر.

الفرع الثالث: ملاحظات إنتقادية على التجميد أو التثبيت الزمني:

إنه و لا جدال في أن التجميد الزمني لقانون العقد بوسائله المختلفة من شروط تعاقدية أو تشريعية يهدف إلى تحقيق الإستقرار للروابط التعاقدية التي تتم عبر الحدود.

لكن التأني في فهم عملية التثبيت الزمني لقانون العقد يبصر بأنها تخالف عدة أصول فنية قانونية وتراجعها في الواقع العملي [1].

1. **مخالفة الأصول الفنية لحل تنازع القوانين في الزمان:**

إن مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية يمنح للأطراف ليس فقط حق إختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم بل أيضاً في إستبعاد تطبيق أحكامه الجديدة التي لم تكن قائمة وسارية المفعول وقت إبرام العقد، وهذا الحق يتنافى مع صحيح القانون لأن الذي يملك ذلك الحق هو مشرع الدولة التي يصدر عنها القانون المختار من قبل المتعاقدين وعليه فإن تقرير هذا الحق يشكل تعدياً على سيادة الدولة الأجنبية التي اختير قانونها لحكم العقد.

– إنه وبعد تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة محل النزاع تصير تلك العلاقة غير مختلفة عن العلاقات الداخلية البحتة هذا على الأقل في منهج الإسناد [2]، فكأن العقد الدولي يضحى بعد إسناده وتحديد القانون واجب التطبيق عليه كأحد العقود الداخلية.

– كما أنه يجب في العقود الدولية عدم إستبعاد الأحكام الجديدة لاسيما الآمرة منها، وإنما إستبعاد الأحكام المكملة أو الإختيارية أسوة في ذلك مع العقود الداخلية، وأن تكون إرادة الإستبعاد تلك صريحة.

– إن الوسيلة الفنية الوحيدة التي يمكن بمقتضاها إستبعاد التعديلات الجديدة التي طرأت على قانون العقد هي الدفع بالنظام العام ولا محل مطلق لإرادة الأطراف في هذا الشأن.

---

[1] : أنظر في تحليل مستفيض حول تقييم شروط التثبيت مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص324 وما يليها، وكذلك مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 111 وما بعدها.

[2] : أنظر د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 05 وما يليها.

2. **مخالفة الأصول الفنية لحل تنازع القوانين الدولية:**

فتحديد كيفية تطبيق قانون العقد تخرج عن إرادة الأطراف فور تمام تحديد ذلك القانون، وبالتالي لا يستطيعون الإدعاء بأن هذا الجزء أو ذاك من القانون المختص هو الذي يجب تطبيقه فتلك المشكلة يتولى القاضي حلها حسب النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها القانون واجب التطبيق [1].

إن شروط الثبات التشريعي يؤدي إلى الخلط بين مسألتين فنيتين هما:

الأولى: هي تجزئة القانون و**الثانية**: هي تجزئة العقد وإن كانت الثانية مقبولة فإن الأولى تبدو غير مقبولة ولا تتفق مع أمرين:

الأول: فكرة الإسناد الإجمالي [2].

الثاني: إنه وبعد تعديل جديد لقانون العقد بنصوص جديدة يصبح العقد بلا قانون لأننا نطبق نصوص ميتة على العقد.

3. **إدانة القضاء للتثبيت التشريعي لقانون العقد في الزمان** [3].

4. **إنعدام الفعالية الحقيقية لشروط التجميد الزمني وذلك من عدة نواحي:**

– **من ناحية أولى**: يلاحظ أن شروط الثبات التشريعي، بإعتبارها شروط تعاقدية ففعاليتها تتوقف على القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته، فهي كأي شرط تعاقدي قد تخضع لهذا القانون وقد يرى القانون عدم صحة هذه الشروط أو عدم فاعليتها بين الأطراف –يلاحظ هذا خاصة في شروط التجميد ذات الطابع التشريعي– لاسيما تلك التي توردها الدولة المتعاقدة في قوانينها.

– **ومن ناحية أخرى**: فإن التطور المعاصر للعقود قد أثبت عدم ملاءمة شروط التجميد الزمني لقانون العقد، خاصة بعد أن أصبحت هذه العقود لزاماً وضرورية لنمو التجارة الدولية، وهذا ما يقتضي التنازل عن التمسك بالصفة القانونية للعقد، وأدى هذا إلى ظهور عقود ذات مضمون متحرك بفعل شروط المراجعة أو التوفيق مع الظروف الإقتصادية المتغيرة.

---

[1]: أنظر نص المادة 09 من ق.م.ج وحول مسألة التكييف أنظر مؤلف أستاذي، د. الطيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق ص 88 وما يليها.

[2]: أنظر موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1 ص 185 وما بعدها، وفي نفس المعنى الملاحظات الإنتقادية التي أشار إليها د. زروتي الطيب في مؤلفه القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص 100 وما يليها.

[3]: لاحظ من بين القضايا التي أدان فيها القضاء التثبيت الزمني لقانون العقد في الزمان مثلاً: القضاء البلجيكي محكمة إستئناف بروكسل في قضية **Ville d'Anvers** في حكمها الصادر في أفريل 1936، حيث يقضي أن " الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئياً الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضاً لكل تعديل له".

– القضاء الألماني: المحكمة العليا لألمانيا في 28 مايو 1936 إذ قرر أنه " من المستحيل أن يقرر الأطراف، عند إخضاع عقدهم لتشريع دولة معينة، إستثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون سارياً، أو أن الأطراف يخشون بدأ سريانه لاحقاً...".

–كذلك القضاء الفرنسي الحديث يؤكد سريان التعديلات اللاحقة على العقد، ومن القضايا الدالة على ذلك نذكر، قضية تتعلق بعقد عمل مبروم بين شركة **Miferma** الموريتانية وأحد الفرنسيين، وبعد الفصل في القضية إنتهت المحكمة إلى سريان الأحكام الجديدة على العقد لتعلقها بالنظام العام وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في 20 يونيو 1979.

– لتفصيل حول هذه القضايا ووقائعها، أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 335 وما يليها.

ولا ننسى بأن إدراج مثل هذه الشروط في عقد بين الدولة وطرف أجنبي يزعزع الثقة ويثير الـشك، بــأن الدولة مستعدة أو ستعدل القانون المختار، وهذا ما يؤدي إلى خلق جو مشحون لا يساعد على ســير وإســتقرار التجارة الدولية.

إنه ومن خلال ما تقدم حول تجميد قانون العقد في الزمان – الثبات التشريعي- نقول في خاتمة هذا المبحــث أن تلك الشروط وما تقود إليه من تطبيق أحكام هذا القانون القائم فقط وفق إبرامه –القانون المختار- وإستبعاد سريان التعديلات اللاحقة عليه يؤدي في النهاية إلى أن العقد يصير بدون قانون، أو كما يقول الأستاذ Batiffol فإن "إشتراط بقاء العقد خاضعا للقانون الذي تم تجميده رغم إلغائه يعني أن العقد لن يكون خاضعاً للقانون رغــم إلغائه، وهذا يعني أن العقد لن يكون خاضعاً إبتداءاً من تاريخ هذا الإلغاء لقانون دولة موجودة من اللحظة الــتي يكون فيها القانون الجديد وحده هو الموجود في هذه الدولة وينطبق على العقود السابقة [1] أي يضحى العقد طليقا خارج دائرة القانون وهذا ما يدفع وبقوة قانون الإرادة إلى التأزم ويحفز الرافضين للتوطين على إيجاد البديل ولــو بحلول ترقيعية تتلافى مثل تلك الإنتقادات ".

والملاحظ في النهاية أن الإنتقادات الموجهة لفكرة الثبات التشريعي تجعل من هذه الأخيرة أمراً خيالياً أو وهمياً Chimère.

المبحث الثانـــي: إندماج القانون في العقد :

-L'incorporation de la Loi au Contrat-:

كما سبق فقد أثبتت التحاليل الدقيقة لأراء الفقهاء أن الأطراف في العقد الدولي يستطيعون ممارسة ســلطتهم في تجميد قانون العقد في الزمان وهو ما يؤدي إلى إخراج العقد من دائرة القانون الوضعي ويضع قانون الإرادة في أزمة فعلية، بل أثبتت كذلك أنه يمكنهم إدماج incorporer القانون الذي يختارونه في العقد ذاته ويضفوون عليه الطابع التعاقدي contractualisation ويجردونه من طابعه القاعدي caractère normatif الملزم [2].

وإندماج القانون المختار في العقد يقود لدى غالب الفقهاء إلى جعل العقد طليق من سلطان ذلك القـــانون [3] وفي هذا المعنى تقول الأستاذة F.DEBY gerard أن، "فكرة إندماج القانون في العقد تـــركن مباشـــرة علـــى مقبولية العقد بدون قانون [4] ".

ولتفصيل هــذا المبحث إرتأيت تقسيم الدراسة إلى: مطلب أول أخصصه لبحث نظام الإنــدماج وأساســه القانوني، وفي مطلب ثاني أتطرق إلى موقف المحاكم من فكرة الإندماج وغايته، وفي مطلب أخير إلى مشاكل نظام الإندماج ونتائجه.

---

[1] : أنظر:

H.Batiffol: Subjectivisme..OP, CIT, P 246 et Spéc, P 254.
Même Auteur: Contrats et Conventions

[2] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 346.

[3] : لاحظ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

[4] : نفس المرجع، ص 345 و ما بعدها.

والجدير بالذكر قبل الخوض في هذا التحليل هو أن فكرة إندماج قانون العقد فيه هي أحد أوجه أزمة قانون الإرادة و من إفتعال المتعاقدين ساهمت في تراجع نظام التوطين الذي ساد ولوقت طويل يحكم العقود الدولية.

المطلب الأول: نظام الإندماج وأساسه القانوني:

لا بأس أن نذكر بداية أن الغاية التي تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيقها هي طمأنة الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة بأن القوانين اللاحقة لإبرام العقد لن تطبق عليه، وفي ذلك تحصين لهذا المتعاقد ضد ما تتمتع به الدولة من سلطان تشريعي، ولكن للوصول إلى هذه الغاية فإن قانون الدولة المتعاقدة يتم إدماجه في العقد ويصبح القانون المختار بمثابة شروط تعاقدية [1].

ولما كان الإندماج بهذا القدر من الخطورة إرتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسين بحيث أخصص الفرع الأول إلى تحديد فحوى إندماج القانون في العقد، وأما الثاني أتطرق من خلاله إلى الأساس القانوني لذلك الإندماج.

الفرع الأول: فحوى إندماج القانون في العقد:

أود من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف الإندماج في بند أول، ثم الإشارة إلى تاريخ فكرة الإندماج في بند ثان:

أولاً: تعريف الإندماج:

لم يورد الفقهاء وحتى أحكام القضاء تعريفاً محدداً لفكرة إندماج القانون في العقد، وإنما دلت على معالمه مناقشاتهم حوله، ومن مجموع تلك المناقشات يمكن القول بأن الإندماج L'incorporation "هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط أو حكم تعاقدي لا تكون له إلا قوة وقيمة شروط أو بنودالعقد، بحيث يكون للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية ويفقد بالتالي صفته كقانون أو قاعدة norme نظامية[2]، فكأن القانون ينصهر في العقد ويصير جزءاً منه ولا يبدوا كأمر خارجي عن الأطراف المتعاقدة يفرض عليهم سريانه بل يضحى كأنه من عمل الأطراف" [3].

والجدير بالذكر هو أن إندماج القانون في العقد على النحو المعبر عنه لا يكون إلا من عمل الأطراف في العقد الدولي خصوصاً في الفرض الذي يعبرون فيه صراحة عن إرادتهم في إختيار قانون دولة معينة لحكم عقدهم- مجال الإندماج الإختيار الصريح لقانون العقد- والأمر ليس فقط من عمل الأطراف المتعاقدة بل يصدقه القضاء [4]، مقرراً مكنة الإندماج المادي لقواعد القانون واجب التطبيق.

---

[1] : راجع أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق: ص 339.

وقريب من ذلك المعنى أنظر مؤلف، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 130، 131.

[2] : أنظر في هذا د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 346.

[3] : أنظر:

H.Batiffol: Subjectivisme et Objectivisme…OP, CIT, Spéc, P 252.

[4] :لقد باركت محكمة النقض الفرنسية فكرة إندماج قانون الإرادة في العقد بوصفه مجرد شروط تعاقدية وذلك في حكمها الشهير الصادر في 1910/12/05 والذي قررت فيه أن "القانون الواجب التطبيق على العقود...هو القانون الذي تبنته إرادة الأطراف"، وقد أكدت محكمة النقض البلجيكية هذا المعنى أيضاً في حكمها الصادر في 24 فبراير 1938،

ويستنتج مما سبق أنه إذا لم يكن تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من عمل الأطراف –أي إذا لم يعبروا عن إرادهم الصريحة– وقام القاضي في رأي البعض [1] بتحديد ذلك القانون عن طريق توطين أو تركيـــز Localisation العقد في الدولة التي يرتبط بها موضوعياً، وينتج فيها غالب آثاره فإن فكرة الإندماج تكون غير ممكنة بل مستبعدة أصلاً [2].

ولعل السبب الوحيد في ذلك هو حسب تقديرنا هو إلتزام القاضي بتطبيق القانون وهو لا يخضع إلا له فهـــو إذاً بذلك أمين يسهر على تطبيق القانون، وحينئذ لا يكون سائغاً له أن يدخل أو يحدث تعديلات أو تغييرات في طبيعة ذلك القانون، بحيث يحوله أو يسقطه إن صح التعبير من طبيعته القاعدية الملزمة إلى مجرد شـــرط أو بنـــد في محتوى العقد.

إذن ما يلاحظ من فكرة الإندماج وهي بهذه الضوابط لا يتصور إعمالهـــا –الإنـــدماج– في فقـــه النظريـــة الشخصية إلا عند الإختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد من قبل المتعاقدين [3].

ثانيـــاً: تاريخ فكرة الإندماج:

يدعي البعض أن فكرة الإندماج بتعريفها ومضمونها المشار إليه [4] لم تكتشف إلا حديثاً على الأقل مع ظهور وتبلور فكـــرة التحديد الموضـــوعي لقانـــون العقـــد الـــدولي، عـــن طريق تركيزه مكانيـــاً [5] علـــى يـــــد العميـــد

باتيفول Batiffol [6] الذي أوضح بأن منح الأفراد حرية وحق في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة يقود إلى نتائج غير مقبولة منها إندماج القانون في العقد.

والملاحظ هو أن بالرجوع إلى كتابات الفقه في نهاية القرن 19 وأوائل القرن 20 يتبين أن فكرة الإندماج لم يجاهلها الفقهاء فقد أوضح الفقيه "فايس" Weiss أنه: إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة الناشئة عن العقـــد فليس بإعتباره قانوناً، فالأطراف إرادياً قد جعلوه خاصاً بهم في إدماجه في الإشتراطات التي تمت بينهم، فقد غـــير صفته وأصبح إتفاقاً [7] وصيرورة القانون إتفاقاً يعني كما يقول "فاري سومير" vareille ssommiere أنـــه لا يطبق على العقد بإعتباره قانوناً بل يندرج فيه كشرط تعاقدي.

= والذي قررت فيه أن رجوع المتعاقدين للقانون الأمريكي يجعل الفوائد المقررة في حكم هذا القانون في حكم "الفوائد الإتفاقية"، وهو ما يستفاد منه إندماج القانون المختار في العقد ونزول نصوصه منزلة الشروط التعاقدية، لتفصيل أكثر حول وجهة نظر القضاء في نظام الإندماج أنظر د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مرجع ســـابق، ص130 وما يليها.

[1] : أنظر مثلاً د. هشام صادق، كذلك الأستاذ Batiffol كذلك Deby Gerard.

[2] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 138و 139.

[3] : أنظر د. هشام صادق، مرجع سابق ص 132.

[4] :أنظر الفرع الأول البند الأول من هذا المبحث لهذه الرسالة ص 65 وما بعدها.

[5] : بخصوص فكرة تركيز العقد راجع كل من: أطروحة أستاذي الطيب زروتي، مشار إليها سابقاً ص 70 وما بعدها، وكذلك، قريب من ذلك المعنى، مؤلف د. محمودي مـــسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سابق، ص 46 وما يليها.

[6] : ولا يغيب عن البال أن العلامة سافيني Savigny هو الذي وضع بذور فكرة توطين أو تركيز الروابط القانونية من أجل تحديد القانون واجب التطبيق وتفسير فكرة "الخـــضوع الإرادي"، لمعرفة فكر العلامة سافيني أنظر: مؤلف أستاذي د.الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها وفي نفس المعنى د. موحنـــد إســـعاد القانون الدولي الخاص، ج1 مرجع سابق، ص 72 وما بعدها.

[7] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 140.

ومهما يكن من أمر فإن تحول القانون إلى مجرد شرط تعاقدي لا يأتي ذلك من عدم أو فراغ بل لابـــد مـــن وجود أسباب تدفع لذلك التحول وتشكل أساسه القانوني، وهذا ما سنشير إليه من خلال الفرع الثاني.

الفـــرع الثانـــي: الأساس القانوني لإندماج القانون في العقد:

يمكن البحث عن الأساس القانوني لإندماج القانون في العقد واجب التطبيق عليه من خلال إتجاهين أساســين ندرج لكل منهما بندا على التوالي:

أولاً: الإتجاه الأول: تجاهل الإرادة لقانون العقد "عدم مراعاة إرادة التطبيق لدى قانون العقد":

إن قاعدة الإسناد في العقود الدولية تقرر بوجه عام بأنه يسري على العقود الدولية القانون المختار من قبـــل المتعاقدين صراحة أو ضمناً، وقاعدة الإسناد تلك التي يحتويها قانون القاضـــي تـــتكلم عـــن قـــانون "يختـــاره" المتعاقدون ولكنها تتجاهل تماماً الكلام عن عقد "يختاره" Contrat Choisie القـــانون الـــذي Loi choisie حددته قاعدة الإسناد ليسري عليه، وهذا ما يعني بكل وضوح إختيار الأطراف قانون العقد والخلط بين الإســـناد ونطاق تطبيق القانون المختار[1] وهنا تبدو ملامح المشكلة.

فإذا كان من المقبول أن قانون القاضي يتخذ في فن منهج حل تنازع القوانين بمقتضى قاعدة الإسناد كمركز لتوزيع الإختصاص التشريعي بين النظم القانونية المختلفة التي قد يتصل بها العقد الدولي، وتحديد من بينها الواجب التطبيق على هذا الأخير، فلا يمكن أن نعتبره أيضاً نقطة إنطلاق أو مركـــز لتحديـــد إرادة التطبيـــق Volonté d'application لدى القانون الذي حددته قاعدة الإسناد [2].

إن القول بغير ذلك من شأنه الخلط بين فكرتين أساسيتين: **الأولى**: الإسناد Le rattachement ويملك القيام بها قانون القاضي المطروح أمامه النزاع، **الثانية**: إرادة ونطاق التطبيـــق d'application et domaine لـــدى القانون المسند إليه وتلك لا يملك تحديدها إلا ذلك القانون الأخير أي المسند إليه [3].

وبناءاً على ذلك فإن إدماج المتعاقدون للقانون في العقد يبدو أمراً عادياً خاصة وأن فكرة الإحالة في العقـــود الدولية لا يؤخذ بها.

– الإدماج المادي لا يستلزم مراعاة إرادة القانون المدمج: هو أساس آخر بحيث ولما كان الـــشائع في منـــهج قاعدة الإسناد، عموماً هو الخلط المشار إليه سابقاً، فإن إدماج الأطراف المتعاقدة للقانون في العقد يبدو أمراً عادياً، فقد لا يرغب القانون المختار في حكم العقد ومع ذلك يريد الأطراف أحكام ذلك القـــانون فـــلا مـــانع في أن يدمجوها في عقدهم بحيث تصبح تلك القواعد لا تسري بقوة سريانها ما دامت لا ترغب في التطبيق وإنما تـــسري

[1]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 351.

[2]: مرجع سابق، ص 353.

[3]: أنظر د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 131

وفي نفس المعنى مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 141 وما بعدها.

بالقوة التي يعطيها إياها المتعاقدون [1].فكأن الأمر هنا يتعلق بإدماج مادي incorporation matérielle للقانون المختار في العقد وليس بإدماج إسنادي أو تنازعي Conflictuelle incorporation.

– **طبيعة القانون الأجنبي تدعو إلى تجاهل إرادة تطبيقه:** وفحوى هذا الأساس، هو الفصل بين عنصر الأمر impératif elément والعنصر العقلاني elément rationnel أو ما يسميه البعض المضمون القاعدي Contenu normatif في القانون الأجنبي واجب التطبيق على العقد [2].

ولما كان القانون الأجنبي لا يطبق خارج الدولة التي صدر عنها إلا بوصفه واقعة Un Fait في بعض الدول فإنه يصير من الميسور ومن المقبول فنياً إدماج أحكامه في العقد طالما تجردت من عنصر الأمر، وما يلاحظ من هذا المنطلق أن تعبير تنازع القوانين هو تعبير رديء expression mauvaise لأنه يوحي بفكرة المساواة بين القانون الإقليمي – أي قانون القاضي– والقانون الأجنبي فحين ان هذا الأخير لا يكون إلا مجرد واقعة مقبولة بإعتبارها كذلك، أي واقعة لا قانون من جانب صاحب السيادة الإقليمية [3].

ثانيـاً: الإتجاه الثانـي: جعل إختيار قانون العقد بين المتعاقدين:

– مبدأ سلطان الإرادة وتغيير طبيعة القانون:

كتب بعض الفقهاء أن مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العقود الدولية يعني ترك الحرية للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق، وهذا يقود إلى دمج هذا الأخير في العقد الذي أختير له وهنا لا يطبق بوصفه قانوناً لأنه بمجرد إختياره من قبل المتعاقدين يصير لا يأمر بشيء ولا يلزم بشيء، وإن النزول بالقانون إلى هذه الوضعية يعد إفراطاً في إعمال مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية [4].

ويرى الأستاذ "قيصر" بأن القانون المختار "لا يسري بإعتباره كذلك أي كأداة أو مظهر للسلطة العامة، بل يسري بموضوعه الذي تبنته إرادة الأطراف".

ونتيجة لهذا الوضع ظهرت نظرية التركيز الموضوعي كرد فعل على الإتجاه وقد تزعم هذا الإتجاه الأستاذ "باتيفول" Batiffol عند عرضه نظريته توطين أو تركيز العقد في المكان فهو يرى أن تحديد القانون واجب التطبيق على العقد لا يمكن أن يوكل إلى المتعاقدين بل هو دائماً من عمل القاضي [5] الذي يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها على نحو جدي وينتج فيها غالب آثاره، وما إرادة الأطراف إلا قرينة على ذلك، التركيز بحيث إذا لم تتوافق مع التركيز الموضوعي أهملها القاضي حتى ولو كانت إرادة صريحة [6].

---

[1] : وفي هذا الفرض فقط يكون مقبول ما كتبه البعض مثل J.Donne Dieu Vabres في قولهم "إن قانون الإرادة ...لا يستمد من سيادته De Sa Souveraineté لا سلطة إلغاء تعهدهم ولا سلطة تعديله بغير رضائهم".

[2] :أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 353.

[3] : المرجع السابق، ص 354.

[4] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 355، 356.

[5] : إن مسألة التكييف هي منوطة خصيصاً للقاضي الذي عرض عليه النزاع، وليس لهذا الأخير سوى تطبيق القانون وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بعد أن يعتمد على نقاط أو ضوابط إسناد محددة، أنظر المادة 09 من ق.م.ج المعدلة بموجل القانون 10/05، ولتوضيح أكثر في آلية التكييف راجع مؤلف أستاذي، د. زروتي الطيب القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

[6] : إلا أنه ترى عكس هذا الفقيهة F.Deby-Gerard أن نظام تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية نظام مزدوج Système du a Liste فإذا إختار الأطراف قانون العقد صراحة وجب إحترام ذلك وما عدا فرض الإختيار الصريح يسري نظام التوطين أو التركيز.

ولما كان تحديد القانون الواجب التطبيق هو من إختصاص القاضي فإن منح ذلك الإختصاص للأطراف يقود إلى "إعتبار القانون المختار كأنه شرط في العقد، ومن ثم لا يعد قانون العقد وإنما قانون الإستقلال الـذي أصـبح ملك للمتعاقدين" [1].

وينتهي الفقيه Batiffol إلى أنه لا سبيل للحيلولة دون الإندماج إلا باللجوء إلى فكرة التوطين أو التركيـز الموضوعي Localisation objective للعقد، وما يستنتج من هذا هو أن أساس الإندماج هو جعـل إختيـار القانون الواجب التطبيق على العقد من عمل وسلطة إرادة المتعاقدين.

المطلب الثانـي: موقف القضاء من فكرة الإندماج و غايته:

سبقة الإشارة إلى أن فكرة الإندماج تشكل نظاما يهدف إلى إنصهار القانون المختار في العقد ليتحـول مـن طبيعته القاعدية الملزمة إلى مجرد شرط تعاقدي، ويكون بذلك للمتعاقدين ليس فقط إدماجه في العقد وإنما تكملـة عقدهم به أو حتى جعل هذا الأخير خارج القانون أي طليق.

وفكرة الإندماج رحب بها الفقه لاسيما أنصار المذهب الشخصي الذي يعتبرون إختيار القانون هو حر وكأنه إختيار الأطراف لمضمون إتفاقاتهم، وهذا القانون له صفة الإتفاق ويمكن أن يعامل كذلك [2] وإن هذا الترحيـب دفعهم ليس لتبرير صحة ذلك الإندماج وإنما لتشييد نظريات في هذا الخصوص.

هذا وكما أن التراع هو الميدان الخصب والوحيد للقضاء، فإن هذا الأخير هو الآخر أصدر أحكاما وقرارات تقضي بمقبولية هذا النظام، لذلك أود التطرق من خلال هذا المطلب إلى موقف القضاء من فكرة الإندماج في فرع أول، وفي فرع ثاني أتطرق إلى غايات أو أبعاد هذا المسعى.

الفرع الأول: موقف القضاء من إندماج القانون في العقد:

لم تكن فكرة إندماج القانون في العقد فكرة نظرية بل وجدت لها تطبيقات قضائية، ولا نغالي إذا قلنا أن تلـك الفكرة قد إستمدت وجـودها أساساً من أحكـام القضاء وولدت منها وإن حاول الفقهاء صوغها وتأصـيلها النظري [3].

وهناك العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الدالة على ذلك نذكر منها [4]:

- **حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1910**: وبالتحديد في 1910/12/05 وبخصوص شرط الإعفـاء مـن المسؤولية في عقد نقل إيجار سفينة بين شاحن أمريكي ومجهز كندي[5]، حيث قررت المحكمة في حيثيات الحكم أمرين: **الأول**: أن القانون واجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هـو ذلك الذي تبناه الأطراف، "**الثانـي**" أنه ينتج من روح ونصوص الإتفاق ذاتها ويتهم المشتركة – للأطراف–

---

[1]: راجع باتيفول Subjectivisme، مرجع سابق ص 249 وخصوصاً ص 252.

[2]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص355 و ما بعدها.

[3]: المرجع السابق، ص 357 وكذلك في نفس المعنى مؤلفه، قانون العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 147.

[4]: أنظر حول بعض القضايا التي إعتمد فيها القضاء على فكرة الإندماج مؤلف، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها.

[5]: لمعرفة وقائع القضية أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق بند 295، ص 384 وما بعدها.

أنهم لا يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما لم يكونوا قد إتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار".

وفي الأمر الأول تكلمت المحكمة صراحة أن قانون العقد هو ذلك الذي تبناه "adoptée" الأطراف وهذا يعني صيرورة القانون شيئاً مملوك لهؤلاء، وفي الأمر الثاني فيه معنى أن القانون الأمريكي يجب أن يحمل على انه مضاف إلى الشروط المكتوبة صراحة في العقد [1].

وتفاعل هذين الأمرين يفضي إلى أن القانون المختار قد إندمج في العقد.

- **حكم ذات المحكمة سنة 1935** [2]: حيث أكدت المحكمة بعد ربع قرن من حكمها السابق على فكرة الإندماج، ففي 1914 أبرم عقد بيع بين مشتري فرنسي وأحد بيوت الصناعة الألمانية الموجودة بالألزاس، وبعد إنتهاء الحرب العالمية الأولى طالب البائع المشتري بفوائد المبالغ المستحقة له خلال فترة الحرب وذلك بمقتضى القانون الماني واجب التطبيق، دفع المشتري بأنه لم يوجه إليه إعذاراً وفق ما يتطلبه المرسوم الفرنسي المؤرخ في 1919/03/25 وبالتالي يكون قد سقط الحق في المطالبة بتلك الفوائد القانونية intérêt Légaux عملاً بهذا المرسوم الذي أصبح نافذاً في الألزاس بعد إنضمامها إلى فرنسا.

وعند عرض الأمر على محكمة النقض أيدت محكمة الإستئناف في إستبعاد تطبيق المرسوم المذكور على أساس أن "السقوط – الذي يرتبه هذا المرسوم على عدم الإعذار- غير واجب التطبيق إلا على الفوائد القانونية المقررة بموجب المرسوم 19 أغسطس 1914 ولكن الفوائد المطالب بها لم يكن لديها ذلك الوصف حيث أنها واجبة بمقتضى إتفاق وهي تخضع لأحكام القانون الأجنبي السائد في زمان ومكان إبرام الإتفاق، وأضافت المحكمة أن الطعن قد نعى بغير حق على الحكم المستأنف" أنه منح صفة إتفاقية للفوائد المشروطة بمقتضى القانون واجب التطبيق على العقد "وذلك لأن الفوائد المطالب بها تفلت بسبب أصلها التعاقدي من السقوط الذي يفرضه مرسوم 1919/03/25".

وما يلاحظ هنا هو أن محكمة النقض أخذت صراحة بفكرة إندماج القانون في العقد أي إندمج مرسوم 19 أغسطس 1914 في العقد وتحولت الفوائد من قانونية إلى إتفاقية.

وهناك حكم آخر عام 1938 في 19 أكتوبر حول قضية المطالبة بدفع فرق سعر العملة بين دائن ألماني ومدين فرنسي وفيه أيضاً أكدت المحكمة على فكرة الإندماج [3].

هذا وإن تبنى فكرة الإندماج لم يكن قصراً على القضاء الفرنسي بل أخذ بها القضاء البلجيكي في عام 1939 في قضية Ville d'Anvers حيث قضت المحكمة في 14 فبراير بأنه "قد ثبت بإطلاق...ان الأطراف قد قرروا في عقدهم تطبيق قوانين...دولة نيويورك".

---

[1] : أنظر: H.Batiffol: La Signification de la Loi Désignée,..OP, CIT, P 271, Spéc, P 272

[2] : أنظر في هذا د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 358 وما بعدها.

[3] : لمعرفة وقائع هذه القضية، أنظر ، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 151 وما يليها.

إن قاضي الموضوع لم يجر تطبيقاً للقوانين الأجنبية بإعتبارها كذلك ولكن بإعتبارها أحكاماً قانونية أجنبية مختارة ومدرجة بواسطة الأطراف في عقدهم وأصبحت نتيجة لذلك أحكام إتفاقية [1].

الفرع الثاني: غايات الاندماج:

لم يلجأ القضاء ومن ورائه الفقه المؤيد إلى فكرة اندماج قانون العقد فيه كي يضع مجرد نظرية علمية لتظل محل دراسات وانتقادات من قبل الباحثين، بل من أجل إدراك بعض الأهداف التي قد لا يدركها إلا ذوي الدراسة المعمقة في مجال العقول الدولية، إذ أنهم بذلك يعرفون وبكل دقة مقاصد المتعاملين الدوليين الذين همهم الوحيد هو تحصين العقد وتحقيق الربح.

ولا بأس أن نشير من خلال هذا الفرع إلى بعض الأهداف التي سعى أنصار نظام الإدماج لتحقيقها من هذا الأخير، والتي كشف عنها الراسخون في ميدان التجارة الدولية [2].

1/ إثراء صياغة العقد وتحقيق كماله [3]:

فمن ناحية قد يرغب الأطراف في التزام الدقة عند تحرير عقودهم، وكذلك تحقيق الكمال القانوني لبنوده لذلك يلجؤن إلى إدراج حكم أو مجموعة من الأحكام المعروفة في قانون معين في عقدهم خصوصاً إذا كان هذا القانون أكثر توافقاً وملاءمة مع طبيعة التصرف المبرم بينهم، وقد يتم هذا الإدماج بإعادة الصياغة المادية لأحكام القانون المرغوب فيه، في صلب العقد وقد يتم أيضاً بالإحالة إلى قواعد ذلك القانون تلافياً لإثقال نصوص العقد.

وهذا ما يدل على أن القانون الذي تم دمجه في العقد لا يطبق في حالة المنازعة باعتباره القانون الذي يحكم النزاع Lexcu Sae ولكن ينحصر دوره في تحديد مضمون العقد وهذا ما يسميه الفقه الحديث بالاندماج المادي وليس الإسنادي [4].

2/ تجريد قانون العقد من سلطانه وتفادي الآثار الضارة:

إنه يترتب على الاندماج تجريد القانون من سلطانه، وقد قبل الفقه تلك النتيجة فيقول البعض أن مع اندماج القانون في العقد "فإنه لا يأمر بشيء ولا يلزم بشيء" ولما كان القانون بتعريفه يأمر ويلزم فإن مع الاندماج لا يصبح القانون قانوناً [5].

وتبدو أهمية هذا الأثر أو النتيجة للاندماج عندما يكون القانون الواجب التطبيق على العقد يقضي ببطلانه فإعتبار القانون قد أدمج في العقد يحول دون الوصول إلى تلك النتيجة الغريبة إذ من غير المعقول أن يقرر أحد شروط العقد – وهو القانون المدمج- بطلانه، فإرادة الأطراف لا يمكن أن تناقض ذاتها، أو كما يقول الفقيه

---

[1]: لاحظ د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، مرجع سابق ص131.

[2]: لاحظ العلامة، أحمد عبد الكريم سلامة في مؤلفيه، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 362، ومؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سابق، ص 152 وما بعدها.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 152 وما بعدها.

[4]: المرجع السابق، ص 152.

[5]: ومن بينهم نذكر الفقيه:V.heuzé وكذلك D.Foresco. مرجع سابق ص 210 و مابعدها.

P.Lous.Lucas كيف لا نعتبرها حرية كاذبة تلك التي يؤدي استعمالها إلى إهدار الهدف المرغـــوب الوصــــول إليه.

3/ التجميد الزمني لقانون العقد:

إن اندماج القانون في العقد يؤدي إلى كون الأطراف باستطاعتهم تجميد ذلك القانون في الزمــــان بحيــــث لا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت إبرامه مع استبعاد التعديلات التي طرأت عليه بعد ذلك على نحوٍ مـــا أشرنا إليه فيما قبل [1].

كما يمنح الفرصة للأطراف المتعاقدة في أن يختاروا قانونا ليس بينه وبين العقد صلة، أي لا يمت له بـــصلة لا من قريب ولا من بعيد، أو يستبعدون بعض أحكامه حتى ولو كانت آمرة كما إتضح ذلك من حكـــم محكمـــة النقض الفرنسية في 1910/12/05 [2].

وإن هذه النتيجة ليست غريبة ما دمنا نعتبر أن تحديد قانون العقد هو من اختصاص الأطراف وهذا ما نبـــه إليه الفقيه "بييه" Pillet "إن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة يعني بالتحديد التضحية بالصفة الآمرة لتلـــك القـــوانين، والتعدي على طبيعتها بالتشويه الأكثر خطورة...لقد أضحى كل شيء في هذا المجال واقع لم تعد هنـــاك مـــسألة قانون لأنه لم يعد هناك أصلاً قانون" [3].

4/ الوصول إلى عقد بغير قانون:

ينوه الفقه أخيراً إلى أن فكرة الاندماج تؤدي في النهاية إلى أن يكون الأطراف أحـــراراً في عـــدم إخـــضاع عقدهم لأي قانون، أي يجعلون العقد الدولي طليقا.

وما يلاحظ في هذه الصدد هو كون هذه النتيجة الأخيرة بالغة الخطورة بحيث تثير الاحتجاج على كل نظـــام الاندماج بالنحو المعروض سابقاً.

فضلاً عن تلك الآثار الوخيمة المترتبة عن فكرة الإدماج فإن أحكام القانون المختار وقد اعتبرت مجرد شروط تعاقدية فهي تعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحو معاملة الوقائع سواء من حيث إثباتهـــا أو رقابـــة محكمـــة النقض على تفسيرها [4].

المطلب الثالث: مثالب نظام الاندماج و نتائجه:

إنه ومادام الاندماج لا يهدف إلى جعل القانون واجب التطبيق كشرط تعاقدي فحسب، وإنما يسعى إلى أبعد من ذلك وهو تجريد ذلك القانون من كل مميزاته، بل الوصول إلى عقد بدون قانون أي إلغاء القانون نهائياً لحكـــم العقد، ليصبح بذلك هذا الأخير حراً طليقاً.

---

[1] : أنظر آنفاً المطلب الثاني من هذا المبحث ص69.

[2] : راجع آنفاً الفرع الأول من المطلب الثاني من هذا المبحث ص69 و ما بعهدها.

[3] : أنظر في ذلك أ. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 364.

[4] : أنظر، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 133.

إن مثل هذه النتيجة في نظام الاندماج هي خطيرة و لم تنل قبول الفقه الدولي لذلك تعرض نظام الاندماج إلى النقد، ولتبيان ذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث بنود متوالية:

أولاً: الإفتئات على طبيعة القانون ووظيفته [1]:

إن نظام الاندماج فيه تعالي صارخ ليس فقط على طبيعة القانون فقط وإنما كذلك على وظيفته بحيث همش القانون وأصبح لغواً في إطار فكرة الاندماج ولنا أن نوضح هذه من خلال المسائل التالية:

1. **الطابع الملزم للقانون حتى في قواعده الملزمة:**

لا خلاف في أن فكرة الاندماج تقوم على تجاهل لحقيقة القانون المختار لحكم العقد، فإذا كانت هناك بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي، والتي لا يكون لها إلا اختصاصاً دولياً اختياريا في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فإنها لا تفقد مع ذلك قيمتها القانونية وتظل ملزمة داخل حدود اختصاصها الاختياري [2].

ومهما يكن فلا يصح القول بأن اندماج القانون في العقد يغير من طبيعته، وذلك لحاجة العقد إليه لتكملة ما به من نقص وحتى وإن كان القانون يكمل العقد فلا يمكن أبداً أن يؤدي ذلك إلى رفع العقد فوق القانون لدرجة يفقد صفته القاعدية لأن في ذلك إهداراً للقانون، بل وحتى مفاجأة للقاضي القائم على تطبيق ذلك القانون حينما يجده مجرد شرط تعاقدي وقد تجرد من صفته الآمرة.

2. **تناقض فكرة الاندماج مع أساس القوة الملزمة للعقد وخلق فرصة التحايل:**

إنه من غير المعقول من الناحية النفسية أن نوفق بين اعتبار أن الأطراف قد ارتبطوا بالعقد واعتبار أنهم يريدون التنصل منه لاسيما عند طلب احترامهم لأحكامه وفق القانون بإدعائهم أن هذا الأخير قد إندمج في العقد.

ثم أنه كيف نسمح للأطراف في عقد دولي معين، أن يقللوا من القوة الإلزامية للقانون المختار بحيلة الاندماج فحين أنهم قد يتمسكون بتلك القوة ويطالبون بتطبيق ذلك القانون إذا تعلق الأمر بالدفاع عن مصالحهم في مسألة أخرى غير العقد محل النزاع [3].

إن العقد يظل دائماً بحاجة إلى قانون تتأسس عليه صفته القانونية وينتقل بذلك من ميدان الواقع إلى ميدان القانون، بل أنه إذا أراد الأطراف تضمين عقدهم ببعض من أحكام القانون فيجب أن ينحصر ذلك في نطاق القواعد الإختيارية أو المكملة في القانون، أما الآمرة من قانون العقد فيجب أن يظل العقد خاضعاً لها لا أن يحتويها أو يستوعبها[4].

إن فكرة الاندماج كان من الممكن قبولها في ظل الأفكار التي كانت تهيمن في أواخر القرن 19 على نظرية العقد في القانون الداخلي والتي كانت ترى أن قانون العقود هو قانون إرادي واختياري [5] لكن هذه الفكرة

[1]: أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، مؤلفين قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 365 وما يليها ونظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقواعد التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها.

[2]: د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مجلد، مرجع سابق ص 136. وما يليها.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 367.

[4]: د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 169.

[5]: أنظر: H.Batiffol: Subjectivisme…OP..CIT; P 255.

للعقد فهي غير صالحة في ظل المذاهب والإيديولوجيات المعاصرة حيث أضحت الدولة هي المهيمنة على مختلف الأدوات القانونية تفرض قواعد آمرة، حولت العقد من عملية اتفاقية إلى عملية نظامية Opération institutionnelle، بحيث أصبح العقد الدولي لا يخضع فقط للأحكام الآمرة في القانون المختص Lex cousae المختار بل" يجب أن يتوافق مع بعض الأحكام الآمرة دولياً في التشريعات المختلفة والتي يكون العقد على صلة بها، خاصة القواعد الحمائية للطرف الضعيف في العقد.

وإنه وحسب اعتقادي أرى أنه في هذا التدليل روح ثورية توحي ولو من بعيد بأن محاولة هجر التوطين كنظام ليس مرده إلى قصور المنهج المعتمد لذلك فحسب، إنما الرغبة في السيطرة على المعاملات الدولية، وجعلها حرة طليقة من كل قيد وهذا ما يخدم أولائك ولا تمت بصلة لهؤلاء –أقصد الضعفاء–.

ثانيـاً: مخالفة حقيقة دور الأطراف في حل تنازع القوانين بشأن العقد[1]:

يمكن لنا أن نوضح هذا الإنتقاد من خلال النقاط الموالية:

1- دور الإرادة إختيار القانون وليس تركيز العقد:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن فكرة الإندماج تخالف حقيقة الدور المنوط بإرادة الأطراف في مجال حل تنازع القوانين في العقود الدولية، إن هذا الدور ليس التحديد الإرادي **détermination volontaire** للقانون واجب التطبيق، بل هو تركيز العقد.مكانيا فقط. وهذا التقرير هو من اختصاص القاضي الذي يستنتج من توطين العقد القانون الذي يحكمه، وإستبعاد كل دور لإرادة الأطراف على هذا النحو يحول دون فكرة الاندماج[2].

لكن الملاحظ على هذا التحليل هو إقتصار دور الإرادة في تركيز العقد مكانيا فقط localiser و هو ما يهدد حقيقة قاعدة الإسناد التي تقرر للأطراف في العقد الدولي حق أو رخصة التحديد الإرادي للقانون واجب التطبيق عليه.ولذلك فان محاربة فكرة الإندماج يجب البحث عن أدواتها في اتجاه آخر، وهو ضرورة الفصل بين عملية الإسناد من ناحية وعملية تطبيق القانون من ناحية ، وعملية تطبيق القانون من ناحية أخرى[3].

2- الإندماج يقود إلى الخلط بين عملية إسناد العقد و إعمال قانونه:

إن قاعدة الإسناد، منحت لإرادة الأطراف حق إختيار القانون الملائم لحكم عقدهم [4]، ومتى تم ذلك الاختيار إنتهى دور الأطراف، ويفلت العقد من تلك اللحظة فصاعداً من إرادة الأطراف ليدخل في ميدان الاختصاص المانع أو القاصر Compétence exclusive للقاضي المختص وهذا الأخير لا يستطيع حينئذ أن يأتمر بأوامر

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولية الطليق، مرجع سابق، ص 159 وما يليها.

[2] : من هؤلاء الفقهاء الداعين بهذا التحليل نذكر العلامة Batiffol إلا أن الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة لا يؤيد ذلك التحليل إلا بصفة جزئية، بحيث إذا كانت هناك إرادة صريحة تعين على القاضي إحترامها وكذلك بالنسبة للإرادة الضمنية المؤكدة والحقيقية، أما فكرة التوطين أو التركيز فهي لا تكون مقبولة إلا في حالة غياب ذلك الفرضين– الإرادة الصريحة أو الضمنية– لأطراف العقد، وليس للقاضي الحق أن يغفي النظر عن الإختيار الصريح بحجة أنه لا يتلائم مع التركيز الموضوعي للعقد أو التوطين راجع في هذا كل من د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي مرجع سابق، ص 369 وكذلك د. محمودي مسعود أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سابق ص 46 وما يليها.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 369.

[4] : مثلاً المادة 18 من ق.م.ج المعدلة بموجب ق رقم 10/05 تسمح للأطراف بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.بمعنى أن القانون منح للأطراف دور في حل مشكلة تنازع القوانين ولكن لبس لهم الحرية في إختيار القواعد التي تطبق من تلك التي تستبعد، لأن ذلك يدخل ضمن إختصاص القاضي ولا يجوز إدخال الأطراف في عملية تطبيق قانون العقد وإلا يكون بذلك القاضي خالف الأصول الفنية القانونية.

الأطراف وزعمهم بأن القانون قد إندمج أو انصهر في العقد، وإنما هو ملزم بتطبيق القانون، وإعمال أحكامه وفق ما قرره المشرع ولذلك ما يلاحظ هو أن القاضي ليس له دور في فكرة الاندماج.

ثالثــاً: هجر القضاء لفكرة الإندماج ومشكلة بطلان العقد:

نشير بداية إلى أن قاعدة الإسناد تقرر للمتعاقدين حرية حق اختيار قانون يحكم العقد وهي بذلك تقــصد في عمق مفهومها إخضاع La soumission العقد للقانون، لا اندماج هذا الأخير في العقد.

وإن المتأمل في أحكام القضاء الحديث يجد تركيزا على فكرة الخضوع التي لا تدع مجالاً للشك حول النفــي القاطع لفكرة الاندماج وانعدام سلطان القانون المختص [1].

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بحكم 29 يونيو 1971 تأييــدها لقــضاة الموضــوع في استخلاصــهم وتقديرهم للظروف التي تحدد توطين العقد، والذي يستخلصون منه القانون واجب التطبيق عليه، وبهــذا وكــأن القانون يطبق على العقد ولا يندمج فيه بحكمه ولا ينظوي تحت لوائه.

وفي حكم آخر سابق قضت نفس المحكمة أن القانون واجب التطبيق على العقود هو ذلــك الــذي تبنــاه المتعاقدون في جميع جوانبه، وفي حالة انعدام الإعلان الصريح من جانبهم يكون لقضاة الموضوع البحث عــن أي قانون يجب أن يحكم Doit régir روابط المتعاقدين، فالمحكمة تتكلم عن "وجوب حكم" القانون للعقد.

ولعل النتيجة المنطقية لتأكيد خضوع العقد للقانون هي الاعتراف بكافة الآثار التي تترتب على ذلك حتى مــا كان منها متعلقاً ببطلان العقد أو أحد شروطه، وفي هذا يقول الفقيه أوجين أودينيه E.Audinet أنه طالمــا أن الأطراف قد خضعوا له، - أي لقانون العقد –إرادياً فقد قبلوا منه كل نتائجه ووجب عليهم احترام نواهيه الــتي يمكن أن تبطل عقدهم [2] ، وإذا كانت فكرة اندماج القانون في العقد تؤدي إلى صيرورة العقد في النهاية طليقــاً بغير قانون، فإنه لم يعد هناك مراء في أن مبدأ قانون الإرادة يعاني من تضخم دور سلطان الإرادة في مجال العقــد الدولي.

ومهما يكن فإن فكرة اندماج قانون العقد فيه لم تكن مقبولة فقهاً ولا حتى قضاء وإن تأسيسه من الناحيــة القانونية على أن العقد شريعة المتعاقدين [3] غير صحيح.

ورغم ذلك فهناك عوامل تحاول تمهيد الطريق بأي ثمن أمام ظهور فكرة العقد الدولي الطليق مــن ســلطان القوانين الوطنية، وهو دور ما زال يظهر تحت ستار أفكار أخرى كفكرة الكفاية الذاتية للعقد وإحتياطاته القانون فيه وهو محل دراسة المبحث الموالي.

---

[1] : د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها.

[2] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 374.

[3] : أنظر المادة 106، من ق.م.ج وما ترمي إليه من أحكام في هذا الصدد.

المبحث الثالث: مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي واحتياط القانون فيه:

Principe d'auto suffisance du contrat international, Le rôle subsidiaire de la Loi du contrat:

يعتبر هذا المبدأ أزمة ثالثة بالنسبة لقانون الإرادة تضاف إلى كل من فكرة الثبات التشريعي وفكرة الاندماج، وهي مفتعلة من قبل المتعاقدين أنفسهم، وهي فكرة مفادها أن العقد يكفي نفسه بنفسه وأن دور القانون بالنسبة للعقد هو دور استثنائي أو مكمل. ولمعرفة تفصيل هذه المسألة المهمة التي ساهمت مع ما سبقها في استفحال أزمة قانون الإرادة ومن ثم تهميش نظام التوطين وتركيز العقد، إرتأينا لذلك دراستها خلال ثلاثة مطالب متتالية بحيث أخصص الأول منها إلى تحديد الكفاية الذاتية، وفي الثاني إلى تحليل انتقادي لمبدأ الكفاية الذاتية، وأخيراً توضيح معالم الدور الاحتياطي لقانون العقد.

المطلب الأول: تحديد وجود الكفاية الذاتية للعقد:

نحاول تقسيم دراسة هذا المطلب إلى فرعين أساسيين، الأول نخصصه لطبيعة الكفاية الذاتية، والثاني لموقف الفقه والقضاء من هذا المبدأ.

الفرع الأول: طبيعة الكفاية الذاتية:

إن المجتمع الدولي في هذه الآونة الأخير يشهد تزايداً في المعاملات المدنية والتجارية المختلفة عبر الحدود، تتداول من سلع وخدمات عن طريق الوعود والتعهدات، وهذه الأخيرة يستطيع المتعامل من خلالها التذرع بها ضد أفراد معينين كما له أيضا أن يطلب عبرها بتحقيق توقعاته الناشئة عن الوعود والإتفاقات.

والملاحظ في العقود الدولية أن تلك المطالب يمكن أن يستند صاحبها إلى بنود وشروط العقد ذاته وفقط بعيداً ودون الرجوع إلى القانون.

وهنا يطرح السؤال كيف يتم ذلك، وهل العقد مجرد عن القانون كافي؟.أي نفسه بنفسه.

إن العقد كتصرف إرادي لا يستلزم لوجوده وعلى العكس من كثير من النظم القانونية institutions juridiques، تدخل أي سلطة نظامية، لأنه يتمتع بتنظيم ذاتي Sef-regulation مصدره إرادة الأطراف وحدها. فهو نظام قانوني خاص له القدرة باعتراف المشرع نفسه [1] على خلق قواعد قانونية normes juridiques وإن كانت فردية individuelles [2]، ومادام العقد كذلك فهو لا يفتقد للقوة الملزمة التي قد

[1] : أصبح ذلك حقيقة منذ أن إعتمد المشرع قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة، فعلى سبيل المثال نذكر نص المادة 18 من ق.م.ج المعدلة بموجب القانون 10/05، والتي تعطي الأولوية لإرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، كذلك نص المادة 106 من نفس التقنين والتي تجعل من العقد نفسه شريعة المتعاقدية أي قانونهم، فلا يجوز للقاضي أن يعدل في شروط العقد أو أن يعفي المتعاقدين منها ، كما أن الشك فيها يؤول لمصلحة المدين (م 1/112 م ج) تفصيلاً في هذا أنظر د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

[2] : وإن كانت القاعدة القانونية لا تكون إلا عامة، إلا أن الفقه الراجح يؤيد إمكان وجود قواعد قانونية فردية أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 45.

يزعم البعض أنها لا تستمد إلا من أحكام القانون. وإن راودنا الشك في ذلك لاسيما من أين يستمد العقد تلك القوة فإن السؤال يطرح نفسه بخصوص القانون نفسه فمن أين يستمد هو كذلك قوته الملزمة؟.

إن العقد الدولي إذا كان مفصلاً ومحبوكاً في صياغته القانونية يخلق التزامات يمكن أن تلزم بذاتها الأطراف ويغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه [1]، ومن البديهي جداً أن خلق القاعدة الفنية التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد تتوارى فكرة الإرادة الخلاقة للحق التي لا تتساوى مع القانون [2].

ومن غير المجافي للحقيقة لدى البعض التقرير بأن العقد الدولي هو بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من البرلمان، فعملية إعداد العقد الدولي هي مشابهة للعملية التشريعية ولذلك تكون ما عبرت عنه إرادة المتعاقدين هي القانون بالنسبة لهم، والشروط التعاقدية تشكل في مجموعها قانوناً خاصاً Lex privata يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى قانون المشرع [3] فالعقد يكفي في ذاته للتعريف بحقوق والتزامات أطرافه دون حاجة للالتجاء إلى نظام قانوني سواء كان وطنيا أو دوليا لأنه هو في حد ذاته نظام مستقل.

وما يلاحظ من خلال هذا المعنى، أي كفاية العقد لنفسه وحكمه لذاته فيه عودة واضحة إلى الفكر التقليدي المؤيد لمبدأ سلطان الإرادة المطلقة، لاسيما أفكار وحجج أنصار النظرية الشخصية. والمغالاة في حرية قانون الإرادة بحيث يعتقد أن الحقوق توجد قبل القانون واستقلالا عنه، وتنبعث من الحرية الفردية المبدئية، بحيث ما يخلق القانون تلك الحقوق وإنما يعتمد فقط، وهنا يصدق القول بأن الفكرة التقليدية لسلطان الإرادة كان لها الفضل في إنغلاق الباب أمام العقد بدون قانون le contrat sans loi الذي أصبح تطبيق يتردد بشكل كبير في أوساط التجارة الدولية[4]، إنه مبدئياً ومن خلال هذا التحديد يبدو لي أن مبدأ سلطان الإرادة قد أخذ بهذا المفهوم منعرجاً خطيرا جداً ليس فقط لأنه يجرد المتعاملين من الحماية القانونية بل هو بذلك يجعل العقد في حد ذاته مهدداً من المتعاقدين أنفسهم لأنهم هم من عقدوا ذلك العقد ومن حقهم إبطاله دون أن يجدوا في ذلك ضابط لتصرفاتهم وهنا تكمن الخطورة بحيث يحصل تعسف وهدر مصالح المتعاقدين لبعضهم البعض لاسيما الضعيف منهم.

الفرع الثانـــي: موقف الفقه والقضاء من الكفاية الذاتية للعقد[5]:

أولاً: موقف الفقه:

لم يتماطل الفقه خصوصاً المتخصص منه في ميدان القانون التجاري الدولي عن الدعوى إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، أو العقود المنظمة ذاتياً Self regulatory contracts، وفي إطار هذا المنحى والتأييد يذهب الستاذ Fouchard إلى انه " في مجال التجارة الدولية يعد من أحسن السبل الإفلات من قوانين

[1] : أنظر: HBatiffol: Relexions sur la Coordination des Systemes Nationaux Reccours la Haye, 1967, T, II, Vol, 120, P 196 Spéc P 71, 72.

[2] : أنظر: T.Walde: Stabilité du Contrat Règlement des Litges et Renégociation Revue de l' Arbitrage, Paris 1981, P 203 Spéc P 212.

[3] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 47

[4] : أنظر نفس المرجع السابق، ص 48.

[5] : أنظر في هذا د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

الدول إشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً فيستطيع الأطراف الإهتمام بها شخصياً بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة [1].

أو على ما يقرر الفقيه الإشتراكي Jakubowski أنه من أجل تلافي وتجاوز أي إضطراب في خصوص مثل تلك العقود...يجب على الأطراف توخي الحيطة والحذر بتضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم، وألا يتركوا تلك المسائل مفتوحة، إن مثل هذا الكمال في التنظيم التعاقدي يعد عامل استقرار ذو أهمية بالغة [2].

وتزداد أهمية الدعوة إلى هذه الفكرة – الكفاية الذاتية- بخصوص العقود الدولية ذات الطابع الخاص، ففي العقود التمويل المستندية بالأورو دولار Les Eu ro. Obligations، والمشروعات المتعددة الجنسيات، نجد أن المتعاملين قد قاموا بتحرير عقودهم بتفصيل وافي وكامل، حتى على خلاف ما تقضي به القواعد الآمرة في الدول ذات الصلة بتلك العقود وذلك من أجل معالجة القصور أو العجز في القوانين الوطنية التي لا تعرف هذا النوع من العمليات الحديثة.

وبشأن عقود التعاون الصناعي يقرر الأستاذ Jakubowski " إن انعدام أو غياب تنظيم قانوني خاص وملائم لعقود التعاون الصناعي في العلاقات بين الشرق والغرب يزيد من أهمية الإشتراكات التعاقدية في هذا الخصوص، إن تعقد وحداثة هذا النوع من العقود يتطلب تحديد مفصل وكامل من قبل الأطراف أنفسهم لحقوقهم والتزاماتهم ولنتائج تحضيرهم" [3] لذلك فعلى المتعاقدين ألا يلجؤوا إلى الأفكار الغامضة أو غير المحددة المضمون، كالمبادئ العامة للقانون أو القواعد المشتركة بين الدول المتمدنة بل عليهم أن يجتهدوا وإن عانوا كل المشقة في تحرير عقودهم والتطرق إلى أقصى التفصيلات وأن يحذرو ترك المسائل مفتوحة لاجتهاد القاضي أو المحكم الذي قد يصدر حكم غير متأني وغير مدروس.

ثانيـاً: موقف القضاء[4]:

إن القضاء هو الآخر وفي العديد من الأحكام الصادرة عنه يذهب إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد كأساس لتقرير حق أحد الطرفين قبل الآخر دون الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن أن يكون واجب التطبيق على العقد وإن القضايا التي فصل فيها القضاء وأكد على هذا المبدأ متعددة نذكر منها الآتي:

– ففي قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات الفرنسية (B.S.N) قد أبرمت عقداً مع أحد الإيطاليين Zanarell ليقوم بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في إيطاليا وعلى إثر إنهاء الشركة للعقد قام هذا الأخير برفع

---

[1] : د. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد منشأة المعارف طبعة 2005، ص 09 وما بعدها.

[2] : J.Akubowski:Some legal Aspects of Industrial Cooperation in Est West Relations Reccours la Haye 1979, T. II Vol 163, P 251 ets, Spéc P 288.

[3] :راجع: J.Jakubowski، الدروس السابقة خاصة ص 287، حيث يقول في تكييفه:

"The Lock of a specific ondedequate legal regulation of the cooperation Contraction Est West Relations Increases the Importantce of the Contractual Stipulations in This regard the the Complexity and New Ness of this Type of Contract requires a Possibly detailed and Complete Determination by the Parties them selves of their rights and Obligations and the Consequences of their Infringement (Breach of Contract) ".

[4] : تفصيلاً في هذا أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص 51 وما يليها.

دعوى للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العقد وفقد العملاء، وقد أستند في طلبه إلى المادة (29ك) وما بعدها من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين (V.R.P) [1] وقد رفضت محكمة الموضوع طلبه فرفع طعناً بالنقض.

وبدلاً من أن تعيب محكمة النقض على محكمة الموضوع –استئناف ليون- عدم تحديدها القانون واجب التطبيق على العقد وهو أمر كان يسير في هذه القضية حيث كان هناك أكثر من دليل على اختصاص القانون الإيطالي [2] والذي كان سيؤدي تطبيقه إلى الحكم لصالح الشركة المطعون ضدها، وذلك بعد تطبيق أحكام قانون العمل الفرنسي "V.R.P" لانعدام الرابطة الجدية بين النزاع والنظام القانوني الفرنسي، قضت المحكمة العليا بأن " محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على عمل سينفذ خارج فرنسا، أن تقدر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهم إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي، ونتيجة لذلك فإنه من الملائم أن يتم ببساطة، تطبيق الإنفاق كما حرر وهو ما يحول دون طلب Zanarell الحصول على التعويض".

ومن هذا المنطوق نستنتج وكأن المحكمة قدرت بأن بنود وأحكام العقد تكفي بذاتها لحل النزاع حول طلب التعويض دون حاجة إلى قانون معين.

و كما يقول الأستاذ Batiffol في تعليقه على هذا الحكم أنه " من ذلك يمكن القول بأن العقد ملزم بذاته وفقاً لنصوصه دون أن تكون هناك ضرورة لأي قانون ليمنحه القوة الملزمة" [3].

وإضافة إلى هذا الحكم هناك العديد من الأحكام التي قضى فيها القضاء ولو ضمنياً بكفاية العقد لذاته مثلاً، قضية شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري المطروحة أمام محكمة استئناف باريس [4].

والملاحظ هو أن مبدأ الكفاية الذاتية لم يكن محل تدعيم الفقه والقضاء فقط وإنما حتى التحكيم ساند هذا المبدأ ورجحه، ففي أحد الأحكام الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس قضت محكمة التحكيم عام 1970 بعد استبعاد تطبيق القانون الألماني بأن "الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون أي رجوع إلى قانون وطني، واستنادا فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقاً للواقع والأعراف الدولية" .

هذا ولو كان لنا الإشارة في النهاية نقول أن وجود مبدأ الكفاية الذاتية على النحو السابق، قد تم تحقيقه بوسائل فنية على رأسها العقود النمطية contrats types أو كما يعرفها البعض بالعقود النموذجية التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية [5].

---

[1] : (VRP) هي إختصار للعبارة : Statut des Voyageurs, Représentants et Placiers

[2] : بحيث هناك نقاط إرتكاز واضحة وكافية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد فالممثل أو الوكيل التجاري، جنسيته إيطالية، مكان إقامته إيطاليا، وتنفيذ العقد سيتم في إيطاليا.

[3] : أنظر Batiffol مرجع سابق، ص 279، 286.

[4] : لمعرفة وقائع هذه القضية أنظر د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، بند 08 ص 14 وما بعدها.

[5] :لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر كل من مؤلف أ. عبد الكريم سلامة بالإشتراك مع أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية 2003، ص 88 وما يليها، وكذلك في نفس الموضوع، د. مسعود محمودي، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

المطلب الثانـــي: تحليل انتقادي لمبدأ الكفاية الذاتية:

في الحقيقة أن ما أسفرت عليه نظرية الكفاية الذاتية للعقد من أفكار وما ناله هذا المبدأ من تأييد سواءاً علـــى المستوى الفقهي أو القضاء، يثير الشك ليس في سمو العقد على القانون فحسب أو استغنائه عليه، إنما في وجـــود هذا الأخير أصلاً- القانون- لأن المتعارف عليه هو وجود القانون ثم إقرار الحق من قبله وحمايته بموجب أحكامه، أما وأن يحدث العكس أو على الأقل بما يدعيه أنصار هذا المبدأ، فإن هذا فعلاً يدفع إلى تحديد المركـــز القـــانوني للعقد، أي مكانته بين مصادره كل من الإرادة والقانون، وهذا ما نشير له من خلال الفـــرع الأول مـــن هـــذا المطلب، ثم الوقوف عند حقيقة عجز وقصور العقد عن كفاية ذاته بذاته كما يدعي البعض وهذا في فرع موالي.

الفرع الأول: حقيقة العقد بين الإرادة والقانون [1]:

إن القول بكفاية العقد في ذاته يعني في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على القانون، بل تقـــدمها في خلـــق القواعد Les normes، المنظمة لأنشطة الفرد لاسيما منها التعاقدية كما أن الاعتراف بالقوة الملزمة،- La Force Obligatoire- للاتفاقات الفردية استقلالا عن القانون يعني سمو العقد على القانون، وهذا بديهي على أنه غير مقبول وذلك لأن:

- يلاحظ من ناحية أن كل أثر قانوني مصدره أو يعزى إلى الخلق الحر للإرادة لا يكون له قيمة إلا بمقتـــضى القانون الذي منح للإرادة تلك السلطة...بل وإنه كما يقضي أحد قرارات التحكيم الشهيرة" إن من غير الممكـــن أو حتى المتصور أن يوجد العقد في فراغ in vacuo إنما يجب أن يستند إلى قانون.

وإذا كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية للعقد قد استندوا إلى نص المادة 1134 [2] من القانون المدني الفرنسي التي تقرر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فيبدوا أنهم قد تناسوا أن تلك المادة تتكلم عن الاتفاقات التي "تبرم وفقاً للقانون" Légalement formées بما يعني وجود قانون يسمح بتكوين تلك الاتفاقات والعقود.

ولعل أهمية الحاجة إلى القانون تزداد وضوحاً عند صمت العقد عن حل المسألة محل التراع حيث أن الطـــرف المدعي المتعاقد قد يكون بحاجة إلى تأسيس إدعائه على إحدى قواعد القانون، بل إن خصمه المدعى عليـــه هـــو الآخر لا يستطيع رد ذلك الإدعاء إلا بالإستناد وتأسيس قوله على أحد القوانين، والقاضي كذلك إذ هو يـــستمد سلطته من القانون [3].

ناهيك بعد ذلك في أن الاعتماد على الإرادة في تحقيق كمال العقد يصطدم مع مبدأ هيمنة القانون الوضعي، أو مع مبدأ مانعيه النظام القانوني L'exclusivisme de l'Ordre juridique كما يقرر الفقه الإيطالي.

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، ...، مرجع سابق، ص 64.

[2] : يقابلها نص المادة 106 من ق.م الجزائري، والمادة 147 من ق.م المصري.

[3] : أنظر: H.Batiffol: LA Signification de la Loi…OP, CIT, In Choix d'Articles, P 271, Spéc, P 278.

الفرع الثانـــي: العجز عن إدراك الكفاية الذاتية وثبوت ثغرات العقد:

إن الواقع العملي يدل على أن العقد الذي يكفي ذاته بذاته هو خيال وليس حقيقة، فالنقص والقـــصور في بنود العقد وأحكامه هو أمر قائم لا محال عنه، فالأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحـــداث المـــستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية [1]، وليس هذا غريب فإذا كان النقض يدق القانون ذاته، فما بالنـــا بالعقد.

هذا ويرى البعض أن هناك استحالة عملية في خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية يمكن أن تكون كافيـــة بذاتها كلية، وتستبعد الحاجة إلى اللجوء إلى أحكام القانون [2]، وهو ما أدركه البعض بخصوص نقل التكنولوجيـــا حيث يقول أنه " لا يستطيع عقد نقل التكنولوجيا –أيا كانت العناية التي بذلت في تحريره – أن يحيط كل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين، وهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من الحلول" [3].

أما عن العقود النمطية فإن القضاء قد أنكر على أحكامها صفة القواعد القانونية بل قرر طبيعتها التعاقديـــة، فهي عقود مقترحة وليست مفروضة [4].

ومهما يكن فإن تحليل الأحكام القضائية يدل على أن منازعات العقود الدولية تكون في الغالب بشأن مسائل لم يواجهها أو لم يتنبه إليها الأطراف [5].

ومن هذا لا يسعنا في الأخير إلا القول إن التمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي مع الاعتراف بثغراتـــه وعدم كماله، فيه تعدي على اختصاص القاضي أو المحكم الذي يقع على عاتقه مهمة إكمال الثغرات الحتميـــة أو التي لا يمكن تلافيها في العقد، ناهيك عن تلك المثالب التي يتضمنها بالنسبة للتوقيع واستقرار الحل القانوني[6].

ومهما يحضى العقد الدولي من تفصيل وحبك جيد في أحكامه فإن كماله يظل أمنيته مستحيلة التحقيق.

---

[1] : أنظر: H.Batiffol، مرجع سابق، ص 99.

[2] : أنظر: Jakubowsi: مرجع سابق، ص 288 حيث كتب يقول:

" The Practical impossibility of Creating a body of Contractual Stipulations Which Would be Totally Self, Sufficient, excluding The Need of Recourse to the Provisions of Law"

[3] : أنظر كل من د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 100 وكذلك، د. صالح المتزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة طبعـــة 2006، ص 46 وما بعدها.

[4] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق..، مرجع سابق، ص 69 وما يليها.

[5] : خذ مثلاً عقد دولي للتمثيل التجاري لم ينظم الأطراف فيه مسألة معينة كالتعويض عن فسخ العقد أو عن إلغائه قبل مدته، كذلك العقد الدولي الذي لا يذكر شيئاً عـــن تقـــادم الإلتزامات الناشئة عنه...إلخ، أنظر المرجع السابق، ص 68.

[6] : انظر: J. Jakubowski، مرجع سابق، ص 287، لاسيما عندما يقول بأن العقود التي تبرمها الشركات الأمريكية ورغم حجمها تكون دائماً ناقصة تنطوي علـــى فجـــوات خطيرة خاصة العقود النمطية منها.

" – It does not Admit to the Possibility and admissibility of fully Self Regularity Contracts entirely isolated From national Legal Systems".

المطلب الثالث: الدور الاحتياطي لقانون العقد:

Principe de subsidiarité de la Loi du contrat ou le rôle subsidiaire de la Loi du contrat:

لا شك في أن اعتبار العقد قانون الأطراف، وتدعيم ذلك بفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي- التنظيم الذاتي له- يوحي بأن القانون الذي تتحدث عنه قواعد تنازع القوانين في شأن الالتزامات التعاقدية لا محل له أصلاً أو على الأقل إذا إدعت الحاجة إليه فإنما يكون ذلك فقط بصفة احتياطية، لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظميه، وهذا يعني أن في غير حاله السكوت يكون العقد طليقا وخارج سطوة القانون.

وهنا يثور التساؤل عن حقيقة مبدأ الدور الاحتياطي لقانون العقد؟ لذلك ارتأيت تقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، أخصص الأول منها لفكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد لاسيما الأساس القانوني لهذه الفكرة، وفي فرع موالي أقف من خلاله عند حقيقة تجسيد هذه الفكرة في محيط العقود الدولية، وفي فرع أخير إلى موقف القضاء من فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد.

الفرع الأول: فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد وأساسها:

ما سأتطرق إليه من خلال هذا الفرع هو مسألتين مهمتين، تاريخ الفكرة (أولاً) وأساسها القانوني (ثانياً).

أولاً: تاريخ فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد:

إن فكرة الدور الاحتياطي **rôle subsidiaire** للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ترجع بجذورها إلى عهد ليس بقريب، فلم يخف فقه نهاية القرن التاسع قوله "إن الاتفاقات تعد قانون الإطراف ليس فقط لأنهم يستطيعون أن ينظموا مباشرة حقوقهم والتزاماتهم الخاصة، ولكن أيضاً لأنهم يستطيعون كذلك تحديد القانون الذي سيحكم تلك الحقوق والالتزامات، حول النقاط التي لم يتخذ الأطراف الحيطة في تنظيمها بأنفسهم" [1].

أما في الفكر القانوني الحديث فإن دور القانون المختار يكون احتياطيا في حكمه للعقد، إما بسبب ملاءمته بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية [2] وإما بسبب مبدأ الكفاية الذاتية للعقد والعقود النمطية.

ثانيــاً: الأسس القانونية للفكرة: ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1- **تزايد دور القواعد الموضوعية أو المادية:**

لا يخفى أن وجود جماعة منظمة على قدر كافي، وقيام شبكة من العلاقات والروابط، يمكن أن يؤدي إلى خلق مجموعة من القواعد النظامية التي تحكم نشاط وعلاقة تلك الجماعة، وهذا ما تحقق في الأوساط المهنية التجارية التي تتعامل على المستوى الدولي، بحيث إنبثق عنها العديد من القواعد التي أغنت إلى حد ما عن

[1]: أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها.

[2]: راجع في هذا الفصل الثالث من هذه الرسالة، المخصص لفكرة تدويل العقد الدولي.

اللجوء إلى قانون الدولة[1]. وهنا يقرر الفقه أنه مع وجود تلك القواعد فإن الإلتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا نادراً وبصفة إحتياطية[2].

أي أنه مع وجود القواعد التلقائية règles spontanées في عقود التجارة الدولية [3] يكون من المفيد على ما يرى البعض للمتعاملين و المهنيين Les professionnels أن يلجؤوا إلى وسيلة وقائية لتلافي القصور الذي قد يعتري القواعد المذكورة، وهي قواعد تنازع القوانين، وإن في ذلك اللجوء ليس الغاية منه تطبيق قانون دولة معينة ولكن البحث فقط عن تكملة العقد في قانون معين، ومرد ذلك إلى ضرورة الفصل في النزاع، ولكن في جميع الأحوال أن الرجوع إلى قاعدة التنازع هو إسناد إحتياطي مادام التنظيم المادي هو العنصر الجوهري في القانون المادي للتجارة الدولية Lex mercatoria الذي يجعل من قاعدة الإسناد قاعدة إحتياطية Résiduelle أو من الدرجة الثانية.

2- مبدأ الكفاية الذاتية بأدواته المعروفة:

إن إنشاء العقود النمطية[4] والشروط العامة قد قلص دور قانون العقد وجعله ذو طبيعة إحتياطية، وهو ما أكده فقه البلاد الإشتراكية سابقا بأن الشروط العامة و العقود النموذجية التي يعدها مجلس المساعدة الإقتصادية المتبادلة

"الكوميكون" تكون دائما واجبة التطبيق على العقد الدولي و بالأولوية[5].

3- قانون العقد و الصياغة المقلوبة لدوره بحجة تحقيق الاستقرار للروابط العقدية:

إذا كان الثابت أن العقد الدولي يتعين إحترامه وتنفيذه طبقاً للقانون المختص، و في الحدود التي لا يصطدم فيها و لا يتعارض مع قواعده لاسيما الآمرة، فإن الفقه المناصر للدور الإحتياطي قد صور تلك القاعدة على نحو عكسي، بحيث أضحى مقبولاً لديه أن القانون المختار لحكم العقد لا يطبق عليه إلا في الحدود التي يكون فيه ذلك القانون متفقاً مع العقد وشروطه.

وهنا يطبق العقد أولاً ويليه القانون المختص، ويرى البعض في هذا و على رأسهم الفقيه توماس فالد T.Waled أن في -إحتياطيه القانون- إستقرار للروابط العقدية عبر الحدود[6].

تلك هي أسس إحتياطية القانون في العقد، و يبدو أن واقع العقود الدولية يؤكد تلك الفكرة.

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 75.

[2] : يقول في ذلك الأستاذ "فيليب كان" "أن لكل العقود حالياً تحتوي على شروط القانون واجب التطبيق، ولكنه لا يشكل مع ذلك تصرفاً يدل على الولاء أو الخضوع للدول، ولكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام المادي المنقوص Lacu Naire، والمنطوي على بعض إنعدام دقة الصنعة إنه في الحقيقة شرط إحتياطي"أو على ما يعبر Résiduelle أنظر في هذا د. عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 376.

[3] : راجع في القانون التلقائي: مقالة الأستاذ الطيب زروتي، منشورة في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 36 رقم 03 1988، ص 125 وما يليها.

كذلك د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 36.

[4] : راجع في العقود النموذجية رسالة أستاذي، د. زروتي الطيب، ج1 مشار إليها سابقاً، ص 165.

وكذلك د. ثروت حبيب، دراسات في قانون التجارة الدولية، دار الإتحاد العربي للطباعة 1975، ص 43.

[5] : نلاحظ مثلاً إن إستقراء الشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الأعضاء في الكوميكون لعام 1958 والمعدلة في 1968 يدل على الدور الإحتياطي لقانون العقد الذي تعنيه قاعدة الإسناد، وللإشارة فقط نذكر نص المادة 74 من تلك الشروط فهي تنص على إلزامية Obligatoires الشروط العامة.

[6] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 379، 380.

الفرع الثانـــي: تجسيد الفكرة في واقع العقود الدولية:

في الحقيقة ولمعرفة مدى تجسيد مبدأ إحتياطية القانون في العقد لا بد أن نشير إلى المسائل التالية:

1/ العقود الدولية وإتفاق الأطراف صراحة على إحتياطية قانون العقد:

إن للمتعاقدين دور في جعل قانون العقد إحتياطي فيه من حيث التطبيق، وهذا عند تقريرهم ذلك صراحة. لاسيما عندما ينصب العقد وبنوده عن تقديم الحل للنزاع المثار، ولقد عكس واقع العقود الدولية تجسيده لهـــذا المبدأ، ففي خصوص عقد إمتياز مبرم بين سيراليون وإحدى شركات تصنيع الألمنيوم السويسرية عام 1961، إتفق الأطراف على أن يسري على العقد القوانين النافذة في سيراليون، ومع ذلك فلقد جاء في بنود العقد أن " أي خلاف بين أي من أحكام نظام المتعاقدين، أو قواعده، وبين أحد أحكام هذا الإتفاق يتم حله بإعمال أو بإعطاء أثر لإحكام هذا الإتفاق" [1]، أي تطبيق أحكام الإتفاق بالأولوية على قانون سراليون عند حصول خلاف بين المتعاقدين.

هذا ولقد أخذت بذات المسلك عمليات التمويل الدولي خصوصاً عن طريق القروض المستندية Emprunts Obligataires بالأورو دولار ومن ذلك مثلاً نص المادة 11 من العقد الذي أبرمته شركة "مشلان" العالمية للتنمية بقيمة "40" مليوناً من الدولارات الأمريكية ولمدة 15 سنة (1971-1985) والذي يقرر بأن " شروط القرض الحالي كما أعلنت في وثيقة القرض Prospectus، وفي وثائق المستندات تفرض على الأطراف والشروط التي لم يعلن عنها صراحة يتم إكمالها حسب الحالة، بالعادات التي تنشأ في مجال الإصدارات في السوق الدولي، وعند غياب تلك العادات تكون أحكام القانون الفرنسي هي الواجبة التطبيق [2].

فضلاً عن ذلك فإن النظم الأساسية للشركات متعددة القوميات لاسيما عقود إنشاء الشركات الدولية متعددة الجنسيات هي الأخرى تنص صراحة على الطبيعة الإحتياطية للقانون واجب التطبيق على الشركة من ذلك المادة 02 من الإتفاق المنشئ لشركة "يروشيميك Eurochemic" التي تنص على أن "تخضع الشركة للإتفاق الحالي ولنظام الأساسي وإحتياطيا لقانون الدولة التي يتمركز فيها مديرها، وفي الحدود التي لا يخرج عليه فيها كل من الإتفاق المالي والنظام الأساسي، ونفس الدعم لهذه الفكرة أقرته المادة الاولى من النظام الأساسي لشركة طيران إفريقيا " أير أفريك"[3].

هذا ولو تعمقنا أكثر في واقع القانون ودوره الإحتياطي في العقود الدولية لوجدنا كذلك أن الدراسات الميدانية هي الأخرى تؤكد على تلك الفكرة، ففي دراسة ميدانية أجراها مركز "شاردي فيشر" Charles de

---

[1] :جاء نص المادة :

"On y Inconsistency between n'aprovision of on y such ordinance orrule and a provision of this agreement shall be resolved by giving effect to the provision of this agreement"

[2] :و نصها:

" les conditions du présente emprunt, telles que lles sont énoncées dans le présent prospectus et sur les titres d'obligations, s'imposent à toutes les parties celles des conditions qu'in auront pas énoncées explicitement seront supplées le cas échéant par les usages qui se seront établis en matières démissions sur le male marché international a défant les dispositions du droit française seront applicables"

[3] :حيث تنص تلك المادة على أنه "وبصفة إحتياطية وفقط في الحدود التي تتفق فيها مع أحكام الإتفاقية والنظام الأساسي للمبادئ المشتركة في تشريعات الدولة الموقعة المعاهدة".

Vissc HER للقانون الدولي ببلجيكا ثبت أن " لدى رجال العمل إتجاه نحو إعطاء القانون الواجب التطبيق على العقد دوراً إحتياطياً بقدر الإمكان، وهذا قد أدى بهم أحياناً مع وجود العادات المهنية إلى أن يحرروا عقوداً مفصلة لتكون وحدها وبقدر المستطاع قانون الأطراف ومستقلة عن قانون أية دولة"[1].

وهذا التأكيد للدور الإحتياطي لقانون العقد لم يغب عن أحكام القضاء.

الفرع الثالث: موقف القضاء من الدور الإحتياطي لقانون العقد:

بالرغم من أن مبدأ الكفاية الذاتية الذي يستند حالياً على العقود النمطية والشروط العامة لم يظهر إلا حديثاً بالصورة المعروضة سابقاً[2]، إلا أن الغريب في ذلك هو أن فكرة إحتياطية قانون العقد فيه قد لقيت تأييدا بل حتى تطبيقات من قبل القضاء، إلا أنه تزول تلك الغرابة لما ندرك أن مبدأ سلطان الإرادة تم المغالاة فيه وأستغل بحد متجاوز جداً، فبدلاً من إرتكان الأطراف، في العقود الدولية إلى ذلك المبدأ لممارسة حريتهم في إختيار القانون الذي يلائم عقدهم، تجاوز هؤلاء الحد وإتخذوا من هذا المبدأ تكئة وركيزة لممارسة حريتهم في مواجهة القانون بتحرير عقودهم وفك أسرها من أحكامه.

ومهما يكن من أمر فإننا نقتصر على عرض حكمين في هذا الخصوص:

- **محكمة النقض الفرنسي سنة 1910**[3]:

صدر الحكم من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/05 في قضية تتلخص وقائعها في أن مشارطة إيجار سفينة، قد أبرمت بين شاحن أمريكي ومجهز كندي، وقد تضمنت المشارطة بنداً يقضي بإعفاء هذا الأخير من المسؤولية عن الأضرار البحرية، وعند التحقق من وجود بعض الخسائر في البضائع المنقولة من ميناء الوصول "جوادلوب التابعة لفرنسا" رفعت الدعوى للمطالبة بالتعويض، دفع المجهز بشرط الإعفاء من المسؤولية الوارد في مشارطة الإيجار، ورد الشاحن بأن العقد يخضع لقانون ولاية نيويورك، الذي يقرر بطلان كل إعفاء من المسؤولية، و لم تؤيد محكمة النقض حكم الإستئناف الذي لم يطبق قانون نيويورك، وقدر صحة شرط الإعفاء من المسؤولية.

وبعد أن أكدت محكمة النقض مبدأ في مجال العقود الدولية مقتضاه أن العقد يخضع سواء في شأن تكوينه أو شروطه أو آثاره للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً قررت " وحيث أن الحكم المطعون فيه قد أعلن أنه عندما أذعنت شركة التجارة الأمريكية American Trading Company للشروط التي أعفت بمقتضاه شركة "كويبك ستيمشب" Quebec Steamship نفسها من المسؤولية عن أخطاء الربان، فإنها لم تكن تجهل أن هذا الشرط كان واجب التنفيذ على الإقليم الفرنسي، حيث يعتبر الشرط مشروعاً....وحيث أنه قد تم الإتفاق بين الأطراف على أن إتفاقاتهم ستكون محكومة بقانون 13 فبراير 1893 الصادر عن الكونجرس في الولايات

---

[1] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 382.

[2] : أنظر في ذلك، المطلب الأول من هذا المبحث لهذه الرسالة ص76 و ما بعدها .

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 384، وما يليها.

المتحدة الأمريكية، فإنه ينتج من روح ونصوص الإتفاق ذاتها ومن نيتهم المشتركة أنهم لم يقصدو الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما لم يكونوا قد إتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار[1].

وما يلاحظ من خلال منطوق هذا الحكم هو إعترافه من حيث عباراته الأخيرة بفكرة الدور الإحتياطي[2].

- **حكم إستئناف باريس عام 1970**[3]:

حيث أصدرت محكمة إستئناف باريس في 19 يونيو 1970 حكمها بمناسبة عقد وكالة تجارية أبرم بين أحد الفرنسيين المقيمين في باريس وشركة هولندية Busmans ليقوم الأول بتوزيع منتجات الثانية في فرنسا، وعلى إثر إنهاء العقد رفع الطرف الفرنسي دعوى تعويض أمام القضاء الفرنسي، فقضت محكمة إستئناف باريس "وحيث أنه في مثل هذا العقد يكون للأطراف رخصة الإتفاق على إشتراكات حسب إختيارهم، وأن يرجعوا بالنسبة لما لم يقرروه صراحة إلى قانون يحددونه بحرية...أن يكون للقاضي أن يستنتج من وقائع وظروف القضية، ومن بنود وطبيعة، ومكان تنفيذ العقد، ماذا يمكن أن تكون إرادتهم حول هذه النقطة عندما لم يصرحوا بها..." [4].

والملاحظ من خلال منطوق هذا الحكم هو إحتوائه تقريباً ذات صيغة الحكم الذي أشرنا إليه سابقاً، وهو يقر صراحة بجعل القانون في مرتبة ثانية بعد الإتفاق، ومن ثم لا يطبق إلا إستثناءاً أي دوره إحتياطي يكمن خاصة في المسائل التي أغفلها الإتفاق.

والذي يجب أن لا يخفى عنا في النهاية هو أن ذلك الدور المتبقي لقانون العقد ولو كان إحتياطيا يجد مصدره وفاعله في إرادة الأطراف المتعاقدة التي خول لها القانون صراحة حق بل حرية تمكنها من إعداد عقد، تورد فيه من الأحكام المختلفة والمفصلة ما يجعله بمنأى وغنى عن حكم وسلطان ذلك القانون الذي هو الأصل مصدر وأساس مشروعية تلك الحرية في التعاقد، بل والمتمعن في الواقع العملي أو حتى القضائي لمنازعات العقود الدولية يدرك أنه حتى ولو أعطي قانون العقد كامل سلطانه وهيمنته بحيث هو الآمر والناهي، فإن إرادة الأطراف يمكن أن تتدخل هنا أيضاً، لتشل حركة هذا القانون، أو على الأقل تقلل من صفته القاعدية لدرجة أنها تجعل وجوده وعدمه سواء.

وكما يقول العلامة أحمد عبد الكريم سلامة، "إذا كانت إرادة الأطراف هي التي أنشأت العقد إبتداءاً، فإنها هي أيضاً التي أخضعته للقانون الذي إختارته بموجب قاعدة الإسناد التي تقرر لها هـذا الحـق، ثم هي في النهاية كذلك، التي إفتأتت-تعالت- على سلطان هذا القانون، حيث جمدته من الناحية الزمنية، وأدمجته في العقد من

[1] : نكتفي بإرادة العبارة الأخيرة من الأصل الفرنسي للحكم:

"…il résulte de l'esprit et des termes mémés de leur convention que dans leur commune intentionnelles-les parties-n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'ourair pas été expressément prévu par la charte partie

[2] : لقد علقت الأستاذة F.Deby Gerard على هذا الحكم مقررة أنه " يبدو أن المحكمة قد أعطت هكذا قيمة كاملة لإشتراطات الأطراف وأن القانون المختار يجب أن يلعب دوراً إحتياطياً Un Rôle Subsidiaire في الفروض- الحالات – التي يكون فيه الإتفاق ناقصاً أو به ثغرات أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 85".

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 386، 387.

[4] : ونورد مقدمة الأصل الفرنسي للحكم:

" Attendu que dans un tel Contrat les Parties ont la Facurcé de convenir des dispositions de leur Choix et de se référer pour ce qu'elles décident pas expressément à une loi qu'elles désignent librement….".

الناحية المادية، وأخرته في التطبيق وجعلته إحتياطي من الناحية القضائي، وهذا قمة الأزمة والتناقض في قانون العقد الدولي"[1].

وإني أعتقد ما آل إليه مبدأ سلطان الإرادة من تأزم لاسيما إحتواؤه لأزمات مختلفة سواء منها الموضوعية أو المفتعلة من قبل المتعاقدين كان الركيزة الأساسية والدافع القوي لبروز فكر جديد من حيث الأفكار النظرية وتنظيم قانوني مناوئ للنظام الذي كما يزعمون رافضوه أنه أصبح تقليدي مستهجن، لكن الملاحظ وبكل موضوعية هو وإن كانت الأزمات الموضوعية لقانون الإرادة سبب ومؤشر على قصور نظام الإسناد وليس إقصائه حسب رأي مطلقاً، فإن الأزمات المفتعلة من قبل المتعاقدين أنفسهم لاسيما تجاوزاتهم الخطيرة هو الذي فتح المجال أمام أنصار النظام الموازي للتوطين-التدويل- حتى يثبتوا ولو من الجانب العملي ثم التشريعي بأن نظام التوطين عاجز وغير ملائم لمسايرة التطورات المشهودة في ميدان العقود الدولية ومن ثم عجزه على حل المنازعات التي تثور بشأنها.

وهكذا وإن كان ذلك القصور الذي شهده نظام الإسناد من جهة والتجاوز الذي بلغته إرادة الأطراف من جهة أخرى لا ينكره أحد، إلا أنه ليس بالحد الذي عبر عنه مؤيدو نظام التدويل، لأن في ذلك فعلاً تعدي على نظام عريق كان ولا يزال مهم في ميدان العقود، وإن تراجع دوره فليس معنى ذلك أبداً إقصائه.

أشير في نهاية هذه الخلاصة إلى أنه و إن كان هذا التحويل الذي يزعمه أنصار تدويل العقد هو ضرورة عملية لمواكبة التطورات التي تشهدها العلاقات الدولية عبر الحدود لاسيما في مجالاتها الإقتصادية، فإن غايتهم كممثلين للتيار الغربي هي أبعد من ذلك، بل وبكل تحديد إيجاد أسانيد ومبررات قانونية لإضفاء المشروعية على سياساتهم التوسعية وأطماعهم اللامحدودة في السيطرة على ممتلكات وثروات المستضعفين المتعاقدين معهم، ولا أغالي في ذلك إن قلت أن العقد الدولي وفقاً لمنظور هؤلاء هو عقد إذعان على حساب الطرف الضعيف الذي ليس له الحق أبداً في مناقشة بنوده، وحتى وإن حاول ذلك وجد نفسه في أزمة إقتصادية تفوق تصوره.- كعزله إقتصاديا مثلا-

وإذاً وحسب هذا المنظور إن كان نظام التوطين يهدف إلى تركيز العقد وإخضاعه لقانون دولة معينة وإعطاء الأولوية لإرادة المتعاقدين وعلى حد سواء في ذلك التركيز فإن الأفكار الجديدة هذه هي ساعية رويداً إلى طمس إرادة أحد المتعاقدين وبذلك تتحقق مشروعية الهيمنة فعلاً ولست بهذا من الرافضين لنظام التدويل وإنما المبالغة فيه وعلى حساب نظام التوطين لإقصائه نهائياً هو أمر ليس بالمقبول تماماً، وإن ما يؤكد هذا التسائل التالي: إن كان نظام التوطين ورغم حبكه اللامتناهي في قواعده لم يعد قادراً على حكم العقود الدولية فكيف يكون مقبولاً ولو من حيث القول أن نظام التدويل قادر على ذلك وهو لم يتكون بعد، بل وتزداد الغرابة في الأمر، لما يدعي أنصاره بتفريده وحده لحكم العقود الدولية وبعيداً وبدون الإستعانة ولو بشكل إحتياطي بنظام التوطين.

وأمام هذا الصراع نتساءل عن مدى حقيقة تدويل العقد الدولي وهو ما نعالجه من خلال الفصل الموالي.

---

[1]: د. عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 387، وفي ذلك المعنى يصدق قول الشاعر، الطيب المتنبي "إن أنت أكرمت اللئيم تمردا..."

الفصل الثالث: حقيقة تدويل العقد الدولي:

إن الفقهاء فسروا قانون الإرادة بوصفه الأساس القانوني الذي يهيمن على المبادلات التجارية والاقتصادية الدولية، تفسيران متناقضان، فقد جعل منه الفقه المؤيد لتوطين العقد الدولي أساس لتأميم قانون العقد الدولي [1].

أما التفسير الثاني الذي خص به الفقهاء قانون الإرادة، هو جعل هذا الأخير أساساً نظرياً لإقصاء القانون الداخلي لحكم العقود الدولية تحت ستار العقد المجرد من القانون والكفاية الذاتية للعقد الدولي وعدم صلاحية القانون الداخلي لحكم وتنظيم العقود الدولية. وتطبيق أحكام القانون التلقائي، هكذا إذاً ظهرت فكرة تدويل العقد الدولي بدلاً من توطينه.

وهي تقتضي إزالة احتكار الدولة لصناعة القانون أو تأميمه [2].

هذا ولقد تآزرت عدة عوامل مجتمعة لتدويل العقد الدولي، فقد لعب التحكيم الدولي بنوعيه الخاص والمؤسساتي دوراً في إقرار مسعى التدويل وبلورة قواعد موضوعية –مادية– ذا تطبيق مباشر، كما أن القواعد الموضوعية النوعية في التجارة الدولية وعلى اختلاف مصادرها سواء منها الوطنية أو الدولية. شكلت هي الأخرى نواة النظام القانوني البديل للتوطين لحكم العقود الدولية، ناهيك عن أزمة قانون الإرادة واستفحالها كما سبق بيانه، هي الأخرى عجلت بالتدويل.

وما يلاحظ مبدئياً في ضوء الأفكار الجديدة للعولمة في مجال القانون ووسائل التبادل التجاري الحديثة والمتطورة أن التدويل أصبح حقيقة مفروضة من قطب سياسي وحيد في العالم ولكن أي تدويل هو؟.

وفي نفس الوقت أصبح التدويل حقيقة مقبولة على مضض مادمنا نحتاج إلى التكنولوجيا التي تظل حكر يتحكم غيرنا في تسويقها [3]. بل إن تداعيات العولمة أدت إلى تغيير النظرة الفقهية والتشريعية إلى معيار دولية العقود فتراجع على إثرها المعيار القانوني وأفسح المجال للمعيار الاقتصادي الذي يتفق في مضمونه مع الفكر الحديث لمفهوم العقد الدولي وتدويله [4].

ويرى الفقيه Weil أن الاتجاه إلى عدم تركيز العقود الدولية، وانتزاعها من أي نظام قانوني لدولة ما يصحبه بالضرورة تدويل حقيقي لهذا العقد. سواءا في النطاق الموضوعي للقانون الواجب التطبيق، أو القانون الإجرائي، مثل اختيار محكم محايد وتكون هذه العقود خاضعة إلى القانون الموضوعي للتجارة الدولية La lex mercataria [5]

ولما أصبح هذا التدويل وبإقرار العديد من الفقهاء حقيقة لا مفر منها، ولما ينطوي عليه من أحكام وإن تلاءمت مع العقود الدولية وواكبت التطورات، إلا أنها تظل تسعى إلى تحقيق نتائج معاكسة تماماً لنظام توطين

---

[1] : أنظر في ذلك الفصل الثاني من هذه الرسالة، ص49 و ما بعدها .

[2] : أنظر أستاذي، د. زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 228.

[3] : المرجع السابق، ص 228

[4] : أنظر د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة 2007، ص 49.

[5] : أنظر الدكتور منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي 2005، ص 75.

العقد. وللوقوف عند تفاصيل كل ما سبق ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث متتالية بحيث أحلل من خلال:

المبحث الأول: مفهوم القواعد الموضوعية- المادية و معطيات وجودها-.

المبحث الثاني: مضمون قانون التجارة الدولية-القواعد الموضوعية-.

المبحث الثالث: دور التحكيم في بلورة و خلق قواعد أكثر ملاءمة على عقد الدولي-.

المبحث الرابع: مدى تشكيل القواعد الموضوعية لنظام قانوني دولي مستقل و عادل.

المبحث الأول: مفهوم القواعد الموضوعية –المادية– ومعطيات وجودها:

إن عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات العلاقات الإقتصادية الدولية، وتزامن ذلك مع وجود مجتمع متماسك من رجال التجارة الدولية، دفع ذلك إلى نشأة قواعد موضوعية Règles substantielles ، أو كما يسميها البعض قواعد مادية Règles matérielles لحكم تلك العلاقات، وهي قواعد متناسقة ومتضامنة تثير خلق قانون جديد[1]، بل إن تأثير التجارة وعلم الإقتصاد على العلاقات بين الدول وانعكاسه المباشر على شعوبه ليس في مقدور أحد نكرانه[2].

والملاحظ أن وجود هذا القانون الجديد يدل على أن مشرعي القانون قد أخفقوا في السيطرة على عقود التجارة الدولية، ليس لعدم رغبتم في ذلك وإنما لأنهم غير قادرين على مواكبة الوثبات السريعة لهذه الأخيرة.

هذا ويؤكد الفقه إستقلالية القانون المادي للتجارة الدولية عن مختلف القوانين الوضعية للدول، وإن كان يعد نتاج القانون المقارن، ولتحديد مفهوم القواعد الموضوعية ومعرفة معطيات وجودها أرى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية حيث احدد من خلال المطلب الأول القانون الموضوعي للتجارة الدولية، و في المطلب الثاني أتطرق إلى خصائص هذا القانون، أما المطلب الأخير اخصصه لمعرفة أسباب وجود تلك القواعد الموضوعية.

المطلب الأول: تحديد القانون الموضوعي للتجارة الدولية:

إن القواعد الموضوعية تعالج القصور الذي يشوب قاعدة التنازع لكون هذه الأخيرة تفتقر للصفة الدولية internationalisme، بل لما لها من خصوصية ذاتية Spécificité لا تتلاءم و العقود الدولية ، وهذا ما دفع البعض من الفقهاء إلى الدفاع عن القواعد الموضوعية و إحلالها محل قواعد التنازع[3]، ولما كانت تلك القواعد –المادية– في رأي العديد من الفقهاء تشكل نظاما قانونيا مستقلا بذاته عن النظم القانونية المختلفة[4]، كان علينا . ولمعرفة ذلك تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول إلى تعريف القانون الموضوعي ومسمياته، والثاني إلى ذكر بعض مكوناته.

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي ومسمياته:

لما كانت قاعدة قانون الإرادة الخاصة بالعقود الدولية تعتبر قاعدة إسناد طبقا للفقه التقليدي[5]، فانه إذا أراد المتعاملون إعمال هذه القاعدة،واختيار القانون واجب التطبيق على العقد،فلا بد أن ينصب اختيارهم على قانون داخلي لدولة معينة، لكن جانب من الفقه المعاصر يرى أنه من الممكن أن يثور التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة

---

[1]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 257.

[2]: د.طالب حسب موسى.قانون التجارة الدولية.دار الثقافة 2005 ص11.

[3]: أنظر، د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 18.

[4]: أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 281.

[5]: لاحظ، المرجع السابق، ص 418.

إقليم معين، وهذا ما يترتب عليه إخضاع العقد الدولي لنظام قانوني غير وطني [1] مثل عادات وأعـــراف التجـــارة الدولية.

ومن هذا فان النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات الدولية، والتي يحمل فيها البيع وما اتصل به من عمليات المكانة الأهم في الواقع، ويطلق الآن على اســـم هذا النظام القانوني اسم قانون التجارة الدولية [2] فما هو؟.

يمكن تعريف القانون الموضوعي للتجارة الدولية عن طريق وظيفته بالمقارنة بقواعد التنازع فهو ذلك القانون الذي" يضع مباشرة تنظيم خاص ومستقل عن كل قانون داخلي لبعض العلاقات القانونيـــة بـــالنظر إلى صـــفتها الدولية"، كما يمكن تعريفه بان القانون المادي المذكور هو ذلك الذي يشمل القواعد الموضوعية أو الماديـــة الـــتي تضع " أحكاماً موضوعية خاصة بالعلاقات الدولية، وهي تشكل قانوناً خاصاً، ويؤخذ في الاعتبار الصفة الدولية للرابطة كي يخضعها لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة" [3] وهذا هو الأقـــرب إلى الصواب.

ولقد ذهب الأستاذ "الامبير" E.LAMBER إلى أن القانون المهـــني والتعـــاوني Droit Corporatif لا يبدو في الوقت الحاضر كأنه ملحق annexe وامتداد للقوانين التشريعية أو القضائية وإنما قواعده" شكل كائنـــا قانونيا مستقلا أنشأته الجماعات التعاونية من اجل استعمال أعضائها، وهو في تنافس مع القوانين الـــتي يـــشيدها رجال القانون. وهي تتمتع في الأوساط التي يكون فيها تنظيم التجارة أكثر تقدما بوسائل فعالـــة للـــدفاع عـــن استقلالها النسبي[4].

هذا ولقد جاء في سنة 1965 في تقرير الآمين العام للأمم المتحدة"بان مجموعة القواعد الـــتي تـــسري علـــى العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر هـــو ما يـــشكل قـــانون التجـــارة الدولية" [5].

ومن تفاعل هذه التعاريف الخاصة بالقانون المادي للتجارة الدولية، يفضي باختصار إلى انه" قـــانون يخلقـــه الأفراد ليحكم روابط القانون الخاص" وهو بذلك يتميز بصفته قانون ليس مـــن صـــنع الدولـــة Droit non etatique، من ناحية، عن القانون الوطني أو الداخلي وعن القانون الدولي من ناحية أخرى[6].

أما عن مختلف التسميات التي أطلقها الفقه على هذا القانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية قد لا تبـــدو بهذا الوضوح أو تقود إلى تمييز ذلك القانون عن القانون الدولي.

---

[1]: د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 171، 172.

[2]: أنظر د.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص51.

[3]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 281، 282.

[4]: وقريب من ذلك ما قاله GOLDMAN من أن "قانون التجارة المادي LEX MERCATORIA هو بالتحديد مجموعة من المبادئ،والنظم،والقواعد، المـــستقاة مـــن كل المصادر التي تغذي باطراد وتستمر في تغذية الهياكل،والسير القانوني الخاص بجماعة ممارسي التجارة الدولية"، انظر.في هذا.د.احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص283.

[5]: أنظر.د.محسن شقيق، مرجع سابق، بند 5، ص 7.

[6]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 284.

فالبعض يميل إلى تسميته "بالقانون التجاري بين الشعوب lex. Mercatoria أو قـانون الـشعوب Jus gentium، أو إلى تسميته بأنه" قـانون غـير وطـني Droit a national أو بأنـه قـانون عـبر الـدول "Droit transnational" أو قانون عرفي عبر الدول Droit coutumier transnational[1].

إلا أن هناك من يرفض استخدام تعبير" القانون التجاري المشترك، أو القانون الموضوعي للتجارة الدوليـة أو قانون التجارة الدولية أو قانون التجارة الدولي الجديد كتعبير عن الترجمة الدقيقة لمـصطلح lex. mercatoria حيث يفضل في هذا الشأن استخدام تعبير من تلك التسميات السابقة بل بالتحديد تعبير" القواعد عـبر الـدول" ويرى من أهم أسباب هذه التسمية" كونها تعبر عن مجموعة قواعد قانونية تتمتع بالإلزام استقلالا عـن القـوانين الداخلية أو نظام القانون الدولي العام[2].

على أنني أفضل أسوة في ذلك مع الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، اصطلاح" القانون الموضوعي للتجـارة الدولية Droit substantiel du commerce international، أي مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية، والتي تختلف بذلك عـن قواعد الإسنـاد التي تحويها مختلف النظم الوطنية [3].

والملاحظ من خلال الاختلاف في التسمية، هو أنه قد انعكس ذلك على الاختلاف حول تحديد بعض عناصر أو مكونات هذا القانون الجديد الذي يتجاهل فكرة تنازع القوانين ويهدف إلى الحل المباشر للتنازع، خاصة وان التوصل إلى معرفتها -مكوناته- يساعد على وضوح التعريف السابق.

الفرع الثانـي:مناقشة بعض مكونات قانون التجارة الدولية

يتكون القانون الموضوعي للتجارة الدوليـة مـن العقـود النموذجيـة، قـرارات الـتحكم، الأعـراف Les Coutumes العادات Usages التجارية [4]، ومن العدالة والمبادئ العامة للقانون وهذين الآخـرين ثـار خلاف حول مدى دخولهما في مكونات ذلك القانون باعتبارهما ليس من خصوصياته بـل تعرفهمـا الأنظمـة القانونية الوطنية[5].

لذلك أريد من خلال هذا الفرع التطرق لهما بقدر من التحليل، وذلك في بندين متتاليين:

أولاً: الإنصاف l'equité :

يرى جانب من الفقه أن العدالة لا تدخل ضمن هذا القانون، لأن العدالة تعني التوازن الدقيق لنتائج النـشاط الإنساني، وفي نفس الوقت التطلع إلى هذا التوازن والبحث عنه، وهي بذلك عكس القانون أو كما يقرر الأستاذ

---

[1]: المرجع السابق، ص 284 وما بعدها.

[2]: أنظر د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون، مرجع سابق، ص 171.

[3]: أنظر مثلا القانون المدني الجزائري، وكباقي القوانين المختلفة للدول خص الفصل الثاني من الباب الأول-الكتاب الأول-تنازع القوانين من حيث الزمان من المادة09 الى24 والـتي تقريبا عدلت بموجب القانون 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[4]: تلك المكونات، لاحظ تفصيلها في المبحث الثاني من هذا الفصل تحت عنوان مضمون قواعد التجارة الدولية، ص 100 و ما بعدها.

[5]: لاحظ مثلاً نص المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الأخيرة حيث تنص "...فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " وهي بذلك نجعل مـن هـذين العنصرين مصدر للقانون يعتمدهما القاضي في حالة إفتقاره للمصادر الأولية.

جولدمان بأن قواعد قانون التجارة lex. mercatoria تطبق كما هي استقلالا عن الصفة العادلة من عدمها للنتائج الملموسة و الخاصة لهذا التطبيق، وفي هذا تختلف عن العدالة، وتكون من قواعد القانون[1].

ويبدو جلياً أن العدالة فكرة وشعور نفسي لا يوجد اتفاق حول تحديد محتواها، بل هي فكرة متعددة الاستعمالات، حيث تبرر أحياناً التمرد على القانون، وأحياناً أخرى ملاءمة هذا الأخير، وأحيانا تكون هي القانون ذاته.

إن العدالة تبدو كأداة لسد القانون حينما تنعدم القاعدة القانونية، وهي ميزان لقياس عدالة قواعده ومدى ملاءمته، بحيث تصحح قواعد القانون أو تحل مكانها غيرها، فهي كما يقول الأستاذ Carbonnier تعالج أحياناً بعض "التعب" الذي يعتري القانون[2].

والمراد بالعدالة في ميدان العقود الدولية كما يرى الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، هو مجموعة الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق أو عدل[3]، وليس هذا غريبا لأن لكل وحدة إجتماعية فكرتها الخاصة عن العدالة.

ولقد لعبت العدالة سواءً لدى قضاء التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي المبدئي للعقد الدولي من خلال شرط Hardship، كذلك لعبت دورها في التوزيع المتساوي للمخاطر الناجمة عن القوة القاهرة رغم أن هذه الأخيرة تعفي أصلا المدين من إلتزاماته، وهنا يظهر أثر فكرة العدالة في التخفيف من جمود القوانين الوطنية[4].

إنه من المبالغ فيه الفصل بين القوانين والعدالة، لأن الأول يعبر في صلب قواعده عن مبادئ العدالة ذاتها، كالتنفيذ بحسن النية في العقود، والأثر النافع للاتفاق والعقود... الخ، بل إن فكرة العدالة هي قائمة حتى أمام القضاء الوطني، ومهما يكن فإن العدالة قد استقرت في ضمير العقود الدولية، والعديد من الأعمال الاتفاقية تحت بالحكم بمقتضاها بما يقود إلى القول بأنها تشكل جزءا من القانون المادي[5].

ولا ينكر الفقه الراجح ذلك، بحيث يقول الأستاذ DERAINS أن " شرط التحكيم مع التفويض بالصلح قد سمح أحياناً للمحكمين بأن يعطوا للمنازعة التي تخضع لهم حلولاً تقوم على العدالة والتي ساهمت بتكرارها في خلق قواعد تساند في تكوين القانون المادي الجديد"[6].

[1]: د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 229.

[2]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 290.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 291.

[4]: د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها.

[5]: فمثلاً المادة 42 من إتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية المبرمة في 1965/03/18 بشأن تسوية النزاعات بين دولة ورعايا دولة أخرى نصت في فقرتها الثالثة على أن " أحكام الفقرات السابقة لا تمس رخصة المحكمة في أن تقضي وفقاً للعدالة إذا إتفق الأطراف على ذلك، والفكرة نفسها نصت عليها المادة 21 من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المبرومة في 1987/04/14، أنظر تفصيلاً في هذا د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 292، 293.

[6]: د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص270 و ما بعدها.

ثانيـــاً: المبادئ العامة للقانون:

إن أحكام قضاء التحكيم تقوم كثيراً على المبادئ العامة للقانون، عند فصلها في النزاعات العالقـــة بـــالعقود الدولية فهل تدخل تلك المبادئ العامة للقانون Principes généraux du droit في تكوين القانون المـــادي للتجارة؟

الجدير بالذكر هو أن هذه المبادئ تشكل فكرة غامضة وغير محددة يمكن أن تكون ستارا يخفي وراءه المحكـــم حلولاً قد تصطدم بالقانون، وبالموضوعية في الفصل في المنازعات[1].

ليس هذا فحسب بل أن المبادئ العامة للقانون، قد تكون في حالات كثيرة غير كافية ولا تقدم حلاً للنزاع[2].

فضلاً عن ذلك أن تلك القواعد توجد في كل النظم القانونية الوضعية، وهي بطبيعتها لا تتمايز من حيث جوهر مضمونها عن قواعد قانون الدولة.

ومهما يكن من أمر فإنه توجد مبادئ عامة متعارف عليها في كل النظم القانونية، ذات دور فعال في تـــسوية بعض منازعات العقود الدولية، ومن تلك المبادئ نذكر، احترام الحقوق المكتسبة ، مبدأ عدم جواز التعـــسف في استعمال الحق، مبدأ توازن الإدعاءات التعاقدية، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية.

ولو أن في الحقيقة أن الرجوع إلى هذه المبادئ ليس أمراً سهلاً بحيث يتطلب ذلك جهداً ووقت للتعرف على تلك المبادئ واشتراطها بين مختلف النظم القانونية للدول[3].

ولقد حثت على الالتجاء إلى المبادئ العامة للقانون سواءً لسد النقص في القانون واجب التطبيـــق بمقتـــضى قاعدة الإسناد، أو حتى لاستبعاد هذا القانون إذا كان غير ملائم، عدة أعمال تشريعية وتعاقدية، فقد نصت المادة الثانيـــة من القرار الذي إتخذه مجمع القانون الدولي عند إنعقاده بأثينا باليونان 1979 "على أن" الأطراف يستطعون خصوصاً إختيار قانون العقد.....أو المبادئ العامة للقانون....".

كما جاء في مشارطه التحكيم في قضية Aminoil بين الكويت وإحدى شركات البترول الأجنبيـــة عـــام 1982 أن " القانون الذي يحكم المسائل الجوهرية بين الأطراف يجب أن تحدده المحكمة بالنظر إلى صفة الأطراف والطبيعة عبر الدول لعلاقتهم، ومبادئ القانون... [4]".

ومهما يكن من أصناف تدخل في تركيبة القانون الموضوعي للتجارة الدولية، فإنه توجد جملة من الخـــصائص المميزة لهذا النظام.

---

[1]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 294، 295.

[2]: خذ مثلاً: مدة تقادم الإلتزام، المدة التي يجب على البائع فيها إعلان بالعيوب الخفية، جزاء تخلف ركن التراضي في العقد...إلخ.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 297، وفي نفس المعنى د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 237.

[4]: ولقد طبقت أحكام التحكيم ذلك المبدأ من ذلك محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في 1979 في قضية Norsolor حيث طبقت مبـــدأ حـــسن النيـــة في تنفيـــذ الإلتزامات التعاقدية، أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 300.

المطلب الثانـــي: خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية:

إذا تم قبول أن القواعد المادية أو الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية تشكل نظاماً قانونياً أو قانوناً بالمعنى الفني للاصطلاح، فإن لها بذلك خصائص تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية والـسلوكية الأخـرى[1]، بـل إن القانون الموضوعي هذا ليس أسلوباً للبحث العلمي فحسب و إنما هو موضوعي يشمل على قواعد تسري علـى علاقات قانونية معينة هي العلاقات التجارية الدولية [2] وإذاً هناك خصائص لهذا القانون الجديد هي:

أولاً: قانون نوعي Droit générique:

إن وجود القانون هو ضرورة إجتماعية لمعالجة المشكلات الخاصة والذاتية لذلك المجتمع، وأن ذلك القـانون تختلف أحكامه وقواعده بإختلاف وتباين المشكلات التي تعالجها تلك الأحكام والحال كذلك فإن المجتمع الدولي للتجارة يختلف عن المجتمع الداخلي وبالتالي فإن القواعد القانونية التي تحكم وتحل مشكلات هذا الأخير، تبدو غير ملائمة بالنسبة لمشكلات الأول[3]، وإيضاح ذلك أن المجتمع الدولي له معطياته الخاصة، بالمعاملات الدوليـة الـتي تقتضي قواعد وحلول تنسجم وتتلاءم مع المعطيات وتتوافق مع تلك الذاتية Ce Particularisme، ومن هنـا يتضح معنى أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية، إنما هو قانون نوعي أو طائفي نظراً لأنه لا يخاطب إلا طائفـة معينة من الأفراد وهم رجال التجارة و المعاملات الدولية، كما أنه لا يحل إلا نوعا مـن المـشكلات ألا وهـي المشكلات التي تنشأ من هذا الوسط[4].

ويؤكد أنصار هذا القانون نوعية وطائفيته ولو بطريقة غير مباشرة "حيث يقول الأستاذ كـاهن Kahn أن ذلك القانون" هو قبل كل شيء قانون معمول ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين، أما غير المهنـيين فـلا يمسهم القانون المادي للتجارة la Lex Mercatoria إلا عرضاً أو بطريقة إنعكاسية وهـــم لا يكونـــون كذلك، لأنهم لا يساهمون في التضامن الذي يوجد بين هؤلاء".

والملاحظ أن هذا القانون لا يعد نوعيا فقط بالنظر إلى أشخاصه بل هو كذلك أيضا بـالنظر إلى موضـوعه ومضمونه، فهناك من قواعده ما هو خاص بالعقود الدولية لتجارة الصوف أو الحبوب ولبناء المصانع[5]، وقواعـد أخرى خاصة مثلا بالعقود الإلكترونية، والسياحية وحتى البيئة[6]، ويجسد ذلك العقود النمطية contrats-Types والشروط العامة النموذجية، ويدعم هذه القوانين في ثباتها التقنيات التي تظهر في ميدان المعاملات الدولية.

---

[1]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 301.

[2]: د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 07.

[3]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 302.

[4]: أنظر، د. أبو العلا علي النمر، مقدمة القانون الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 106، 107، وفي نفس المعنى أنظر د. ثروت الحبيب، مرجع سابق، ص 18، 19.

[5]: أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 304 وفي نفس المعنى د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق ص 107.

[6]: أنظر مؤلف، أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

هذا ولعل الطابع الطائفي لذلك القانون يبدو أكثر ظهوراً، إذا لاحظنا أنه يلقى مقاومة، وعدم قبـــول مـــن جانب الدول الإشتراكية، حيث تسيطر الدولة على التجارة الخارجية، ولا تدع مجالا لتطبيق قواعـــد لا ترتـــضي بها، من وضع هيئات أو أشخاص تختلف عنها في البنيان الاقتصادي و السياسي[1].

لذلك نلاحظ أن الدعوى إلى إنشاء مثل تلك القواعد النوعية هي موجهة للدول الصناعية لذلك يقول الفقيه G.FARJAT أنه قد حان الوقت للنظم القانونية للدول التجارية الرائدة في العالم أن تعمل على تنمية القواعـــد القانونية، كالعرف القائم في التجارة الدولية، من اجل تسوية المنازعات المنطوية على عناصر أجنبية.

ثانيـــاً: تلقائي:Droit spontané:

إن أصل نشأة القانون هو التلقائية Spontané، يوجد من خلال العادات والأعراف التي تتبع بـــين أفـــراد المجتمع، وظل كذلك، حتى ظهرت الدولة الحديثة، التي اعتبرت نفسها ليس فقط التي تكفل تطبيق القانون بواسطة أجهزتها القضائية بل أيضا الخالقة Créateur له، لكن التاريخ يعيد نفسه، حيث نجد قواعد قانونية ذات نـــشأة تلقائية نابعة من مجتمع له خصوصياته ومن غير المرور بالقناة الرسمية لسن القوانين، وهـــذا هـــو حـــال القـــانون الموضوعي أو المادي للتجارة الدولية [2].

ويعرف الفقه هذا القانون بأنه القانون المادي التلقائي Droit matériel spontané الذي يتكـــون مـــن مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية وذات الأصل المهني، والتي يلزم لتطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العامة.

ولعل اصطلاح القانون التلقائي يمكن أن يعني في الواقع أمرين هما [3].

الأول: أنه لا يتأتى عن طريق رسمي كما هو المعهود في القوانين الوضعية، لأنه لا يوجد جهاز يتمتع بـــسلطة سن أو وضع القواعد السلوكية التي يتكون منها، وهو تلقائي لأنه لا يمر بالمراحل الشكلية لخلق القاعدة القانونيـــة العادية.

الثانـــي: تطبيق هذا القانـــون لا يحتـــاج إلى سلطة عامة، ويكفل تلك التلقائـــية رضـــاء الأطـــراف بـــه مقدمـــا، واستجابته وملاءمته للمشكلات التي تثور في الأوساط التجارية الدولية، وعلى ذلك يمكن التقرير بأنـــه يعد تلقائيا أو ذو نمو تلقائي Spontanéaus growth [4].

ثالثـــاً:قانون موضوعي Droit substantiel[5]:

أهم سمة لهذا القانون كونه يتكون من قواعد موضوعية تقـــدم الحـــل الموضوعي للمـــسالة محـــل البحـــث مباشرة، دون إحالة إلى قانون آخر للتعرف على هذا الحل، كما هو الحال في الحل التقليدي المقـــرر في القـــانون الدولي الخاص الذي يتمثل في حل مشكلة التنازع قبل كل شيء، فقواعد هذا القانون تضمن حلـــولا وتنظيمـــا

---

[1]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 302.

[2]: مرجع سابق، ص 305.

[3]: أنظر، كل من د. أحمد عبد الكريم سلامة، وأبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، مقدمة في القانون الخاص الدولي ، مرجع سابق، ص 107، 108.

[4]: أنظر، د. ثروت الحبيب، مرجع سابق، ص 20.

[5]: تفصيلاً في هذا أنظر د. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 307.

للعلاقات والروابط التي تتم تحت سلطانه، دون حاجة لاختيار المتعاقدين، لأن قواعده تطبق مباشرة وتلقائيا على العقود الدولية regles d'application immédiate [1].

والخلاصة أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، تكون واجبة التطبيق سواء في غياب كل إشارة من قبل الأطراف المتعاقدة أم في غياب ظرف موضوعي أياً كان ويكون من طبيعته تأسيس صفة لتطبيقها ، إذ أن هذه القواعد تنطبق بصفة مباشرة وتلقائية على العلاقات التعاقدية التي تتم تحت سلطانها.

تلك هي أهم خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية، وإن كان البعض يضيف خصائص أخرى إلى تلك المذكورة[2] ورغم ذلك فإنه تظل إرادة الأطراف شرطا ضروريا حتى وإن لم يكن كافي لتطبيق قانون التجارة المشترك بين الشعوب من قبل سلطات الدولة، وفي كل الأحوال لا يستطيع القاضي أن يلجأ إليه مستندا فقط إلى تركيز أو توطين موضوعي للعقد، بل وأكثر من ذلك فان القاضي في دولة معينة لا يمكنه الرجوع إلى القانون الموضوعي للتجارة الدولية بدون وساطة إرادة الأطراف كقاعدة إسناد، وإن كانت تلك الوساطة غير ضرورية، لأنه لا يعني أن القواعد الموضوعية تدخل في منازعة مع القوانين الوطنية بل يعني فقط أنها تستعير قواعد الإسناد في تلك القوانين حتى تجد سنداً لتطبيقها[3].

المطلب الثالث:أسباب – معطيات– وجود القواعد المادية:

لم يعرف الرومان قبل نشأة نظرية الأحوال في القرن 12 الميلادي مشكلة تنازع القوانين، ومع ذلك فقد أدركوا من البداية عدم ملاءمة قواعد القانون الروماني ذات الطابع الشكلي للعلاقات التجارية الناشئة بين المنتمين إلى روما و غيرهم من سكان المدن الأخرى التي سيطرت عليها الدولة الرومانية.

ولهذا فقد حرصوا على إخضاع هذه العلاقات لما أسموه بـ jus gentuim، والذي كان نواة القانون التجاري المشترك بين الأمم[4].

لكن التطور التاريخي اللاحق قد كشف عن اتجاه الدول المستقلة إلى تقنين قوانينها الداخلية والتمسك بتطبيقها على كافة المنازعات المطروحة على محاكمها نتيجة للتنمية الوطنية، مما أدى إلى نشأة حلول التنازع لمواجهة التزاحم بين القوانين الداخلية لحكم الروابط، والأكيد في ذلك هو أن تطبيق قانون داخلي على عقد يتسم بالطابع الدولي هو حل لا يبدو ملائما لكونه سوى في تسوية التزاع بين العقد الداخلي والعقد الدولي ومن هنا كانت الحاجة إلى العودة لإخضاع العقود الدولية لقواعد خاصة يستجيب مضمونها إلى الطابع الدولي لهذه العقود[5].

---

[1]: أنظر، كل من د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 108، 109، وكذلك د. هشام صادق، مرجع سابق في نفس المعنى ص 250.

[2]: هناك من يضيف خصائص أخرى منها، أنه: قانون سريع التطور –وقانون مرن– وأنه قانون يحقق عدالة من نوع خاص وأنه قانون له طابع دولي، أنظر تفصيلاً في هذا كل من د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 112 وما بعدها وكذلك د. طالب حسن موسى قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها خاصة 58، 59 منه.

[3]: أنظر د.هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 700.

[4]: أنظر مؤلف أستاذي .د.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 53 وما بعدها.

[5]: أنظر في ا الموضوع كل من، د.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ص 52 وما بعدها، كذلك د. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص63 وما بعدها، وأيضا مؤلف.د.ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 13.

وإذا وبناءً على ما سبق فان وجود القواعد الموضوعية المخصصة لحكم العقود الدولية، لم يكن وليد الصدفة، وإنما كانت هناك أسباب جدية دفعت لذلك الوجود الذي يترتب عنه ميلاد نظام جديد ليس فقط لينافس نظام التوطين بل يسعى لإقصائه أو على الأقل تهميشه، ولعل أهم أسباب الوجود، نحاول دراستها من خلال هذا المطلب في فرعين متواليين.

الفرع الأول:حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية في العقود الدولية:

لا أحد ينكر بان المجتمع الدولي هو في تطور مستمر سواءً من حيث تركيبته أو متطلباته و حاجياته الاجتماعية، وهذا ما يقتضي معه بالضرورة وجود تطور موازي على الصعيد التشريعي، والتاريخ يؤكد هذا التغير المتوازي، فمثلاً في عهد القانون الروماني أقر الفقه عدم ملائمة القانون المدني Jus Civil الخاص بالرومانيين، للعلاقة التي تتم بين الأجانب والرومانيين الأصليين، أو بين بعضهم البعض فعملوا على إيجاد قانون الشعوب Jus gentuim و في العصور الوسطى. في الوقت الذي انعدم فيه حرية التعاقد ظهر مبدأ سلطان الإرادة على يد DUMOULIN وأزدهر هذا المبدأ تحت تأثير فلسفة KANT [1] ثم بدأ يتراجع بعد تأثير تدخل الدولة.

وهكذا حال عقود التجارة الدولية الحديثة، فالقوانين الوطنية التي كانت تتلاءم قديما مع العقود الدولية البسيطة أصبحت لا تواكب العقود الدولية الحديثة، وهنا كانت الحاجة ملحة إلى قواعد قانونية جديدة أكثر اتفاقا ومناسبة[2]، وهذا لم يوفق إليه النظام التقليدي.

والحقيقة أن الصفة غير المتجانسة للعقود ذات الطابع الدولي، واعتبار أن لها روابط ذات أهمية متعادلة مع عديد من الدول، يعطي للنظام القانوني لتلك العقود بعض الإستقلال autonome وهذا ما يمهد لميلاد قواعد مادية جديدة، وإن كانت تلك القواعد لا تعدو أن تكون مجرد شروط تعاقدية بغض النظر عن الإرادة المعلنة للأطراف، فان ذلك يبصر بأن طبيعة الروابط القانونية التي تتم في إطار التجارة عبر الحدود، تدين إلى جوهرها هي و مضمونها الدولي في الإفلات من نطاق سريان القوانين الوطنية، وتظل لإرادة الأطراف السيادة في خلق قواعدها الذاتية الأكثر ملاءمة لها، وهذا هو مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود الذي يقوم أساساً على الإرادة الحرة للأطراف، فبدلاً من أن تلعب تلك الإرادة دورها كقاعدة إسناد في تحقيق التنسيق بين السيادات والتعايش بين النظم القانونية الوطنية، فقد ضحت بتلك المهمة من أجل المصالح العليا للتجارة الدولية[3].

هذا وإنه في ظل نظام وضع تعترف فيه الدولة بعجزها عن التنظيم الإنفرادي للتجارة الدولية فإنه يكون من الطبيعي أن يجد المتعاملون في ميدان تلك التجارة، الحرية للخروج من النظم الداخلية وتبرير إخضاع عقودهم إلى القانون الذي هو من صنعهم لاسيما أن الدولة أجازت لهم ذلك.

---

[1]: أنظر.د.هشام صادق، مرجع سابق، ص 702.

[2]: أنظر، د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق ص261

[3]: انظر.د.احمد عبد الكريم سلامة.نظرية العقد الدولي الطليق.مرجع سابق ص.263.

الفرع الثانـــي: تسامح الدولة في مواجهة القواعد الموضوعية:

إن التجارة الدولية تتطلب تضامنا منقطع النظير بين ممارسي عملياتها **Ses opérateurs** المتنوعة، وخاصـــة بعد أن تأكدوا من أن علاقتهم تلك وما يترتب عنها من آثار مالية واقتصادية لايخدمها القانون الصادر عن المشرع الوضعي، بل تستدعي قواعد نوعية تتطلع للمستقبل وتستهدف أولاً السلام بين الأطراف أكثر من العدالة الصماء للقانون، لاسيما وأن هذا الأخير عاجز عن تحقيق الاستقرار والأمان **stabilité sécurité** للعلاقات التجاريـــة الدولية[1].

إنه وأمام الضرورة الملحة لإيجاد هذا النظام الجديد الخاص بالعقود الدولية لم يعد هناك خيار أمام الدولة بل إضطرت إلى الإعتراف بذلك النظام والسعي إلى التصالح معه لأن حاجة الآمان الذاتي للتجارة الدولية كانت أكثر قوة من سيادة المشرع الوضعي، وهذا ما فرض عليها التسامح مع النظام الذي خلقته تلك الضرورات والحاجة[2].

والواقع أن صناع القانون الوطني قد فشلوا في السيطرة على تلك النظم –المتعلقة بالتجارة الدولية ليس فقـــط لأنهم قد تأخروا، ولكن أيضا لأنهم لا يرغبون في ضبط نظم ليس من خلقهم، بل أكثر مـــن ذلـــك، أن الدولـــة وجدت نفسها ملزمة بألا تحاول تأميم واقع التجارة الدولية حتى تتفادى العزلة الاقتصادية.

والملاحظ أن تسامح الدولة في مواجهة هذا النظام الجديد لم يأت من فراغ بل هناك عوامل جعلـــت ذلـــك التسامح أمراً واقعاً ما كان للدولة إلا أن تظهره [3].

فمن ناحية نجد أن الدولة ذاتها أصبحت من ممارسي التجارة الدولية، وهي بذلك تـــساهم في خلـــق تلـــك القواعد شأنها شأن الأشخاص الخاصة.

ومن ناحية أخرى فإن هناك استحالة عملية بالنسبة للمشرع الوضعي وأيضاً بالنسبة للدول ذاتها عـــن طريـــق المعاهدات أن يغطي كل ميدان المبادلات والعلاقات الدولية.

ومن ناحية ثالثة: اعتراف الدولة بالتحكيم الدولي كآلية موازية للقضاء مختصة في فض نزاعات التجارة الدوليـــة لأنه لو لم يكن هناك تحكيم لجمدت حتى القوانين المهنية.

على أن تسامح الدولة في مواجهة القانون الموضوعي أو المادي للتجارة الدولية بل ومساهمتها في إنشائه قد يبدو أكثر ظهوراً عندما نتعمق في محتوى ومضمون ذلك النظام، وكذلك معرفة مصادره وهذا ما نبحثه مـــن خـــلال المبحث الموالي.

---

[1] : المرجع السابق.ص264 وما بعدها.

[2]: انظر.د.هشام صادق.المرجع السابق ص 704 وما بعدها. وفي نفس المعنى د.احمد عبد الكريم سلامة.نظرية العقد الدولي الطليق مرجع سابق ص.365.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

المبحث الثانـــي: مضمون قانون التجارة الدولية:

لقد تأكد لنا في ما سبق أن القواعد الموضوعية هي ضرورة لا مناص عنها [1] ليس فقط لـــضرورة وحاجـــة العقود الدولية لها من أجل الاستقرار والأمان وإنما لاعتراف الدولة بها وإفصاحها عن عجزها في إحـــداث نقلـــة نوعية لتشريعاتها كي تواكب ذلك التغير والتطور.

ولما كانت تلك القواعد-الموضوعية أو المادية- حقيقة لا مفر منها فإننا نود من خلال هذا المبحـــث بيـــان المصادر التي تستقي منها تلك القواعد ومعرفة محتواها، بل إن تتبع ذلك فيه دلالة قاطعة على أن الدولة ذاتها قـــد ساهمت في ميلاد ووجود تلك القواعد المادية سواءً بما وضعته هي من تشريعات أو بما ارتبطت والتزمت به مـــن اتفاقيات بالإضافة إلى النشأة التلقائية لتلك القواعد.

وإن دراسة هذا المبحث بشيء من التفصيل يقتضي منا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب بحيـــث نخـــصص الأول إلى القواعد الموضوعية ذات الأصل الوطني، والثاني إلى القواعد المادية ذات الأصل الدولي، ونخصص مطلب أخـــير إلى تبيان قواعد القانون التلقائي.

المطلب الأول: القواعد الموضوعية ذات الأصل الداخلي:

كثيراً ما نصادف أحكام تشريعية وتطبيقية أو مبادئ قررها القضاء تخص المعاملات الدولية [2] ومثـــل هـــذه القواعد هي من أصل داخلي ولكنها معدة أساساً لحكم العلاقات الدولية، وهذا ما يثير صـــعوبة تحديـــد مجـــال تطبيقها بدقة لاسيما اختلاف التشريعات الوطنية حسب التكييف الخاص بكل مسألة على حدى [3].

وتتنوع القواعد الموضوعية ذات الأصل الداخلي إلى قواعد موضوعية تشريعية وطنية (الفرع الأول) وقواعـــد موضوعية أقرها القضاء الوطني(الفرع الثاني) ونتطرق إليهما على التوالي:

الفرع الأول: القواعد الموضوعية التشريعية الوطنية:

يستشهد عادة في هذا المجال بالحالتين الكلاسيكيتين حول الجنسية ووضع الأجانب فكافة الدول تـــصدر في هذا المجال قواعد تشكل بذات الوقت قواعد قانون دولي خاص وقواعد مادية " جوهرية" وهـــي قواعـــد تطبـــق مباشرة على المجال الخاص بها دون أن يكون هناك تنازع قوانين [4].

وهناك قواعد وطنية تشريعية معدة أصلاً لحكم العلاقات الخاصة الدوليـــة، راعـــى المـــشرع عنـــد ســـنها خصوصيات العلاقات التجارية الدولية، ومنها مثلاً مدونة العادات التجارية اليوغسلافية سابقاً التي أقرتها المحكمـــة العليا سنة 1954 في هذا البلد، والتقنين الخاص بالتعاون التنموي والصناعي وتحويل التكنولوجيـــا الـــصادر في 1978/07/14 في نفس البلد، وكذلك تقنيين التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي سابقاً الصادر في ســـنة 1963

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

[2] : من تلك المعاملات نذكر: الأحكام التشريعية الخاصة بالرقابة على الصرف، والتنظيم الوطني الخاص بالإستيراد، وتصدير البضائع...إلخ.

[3] : أنظر: د. الطيب زروتي، مقالة منشورة في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية الجزء 35 رقم 01 سنة 1997، ص 87.

[4] : أنظر موحند إسعاد،المرجع السابق، ص 118،119.

وأيضاً تقنين العقود الإقتصادية الدولية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقاً الصادر في 1976/02/05 وكذلك التقنين التجاري الأمريكي الموحد Official Lleyte With en Comment وأيضاً المدونة القانونية هي داخلية لكن روعي في سنها متطلبات التجارة الدولية، ولكن مع ذلك لا تطبق هذه القواعد تلقائياً وإنما يتعين أن يثبت الإختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها، فمناط تطبيقها في كل الأحوال متوقف على ما يقتضيه نظام الإسناد من حيث الأخذ بقانون الإرادة أو تركيز العقد [1]، بل ويذهب بعض المؤلفين إلى الشك حتى في كونها تشكل قواعد مادية فهي لا تظهر كقواعد قانون دولي وإنما كقواعد داخلية "ذات استعمال دولي" ولا تسري إلا حين يتم تعيينها من قبل قاعدة التنازع المختصة أي أن المنهج التنازعي يحتفظ هنا بكامل وزنه [2].

الفرع الثاني: القواعد الموضوعية التي قررها القضاء الداخلي:

أصدر القضاء الفرنسي في حقبة الأربعين عام الماضية عدداً من الأحكام التي تقرر بعض القواعد الموضوعية [3] كما رخص مبدءاً عاماً يتمثل في الكفاية الذاتية للعقد الدولي، ومن تلك القواعد ذات التطبيق المباشر التي أقرها القضاء الفرنسي، نذكر استبعاد تطبيق المادتين 83، 1004 [4] من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين، بحضر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدول والأشخاص العامة إذا ما تعلق الأمر بعقد أبرم لتلبية متطلبات التجارة الدولية، وضمن الشروط المناسبة للأعراف التجارية الدولية، إذا قرت محكمة النقض الفرنسية في قضية "glakis" [5] وفي قضايا أخرى، قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على المبادلات التجارية الدولية بدلاً من اللجوء إلى منهج التنازع وتتمثل في الإعتراف بمشروعية شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع الأشخاص الأجنبية وهذا خلافاً لنص المادة 83، 1004، السابقتين، كما أسست نفس المحكمة قاعدة موضوعية أخرى هي مبدأ إستقلالية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم La clause compromissoire عن العقد الأصلي موضوع التحكيم، بحيث لا يرتبط شرط التحكيم بالعقد الأصلي وجوداً وعدماً [6].

كما أقر القضاء الفرنسي قاعدة موضوعية أخرى في مجال العقود الدولية هي قاعدة صحة شرط الذهب ، إذ أجازت محكمة النقض حكمها المؤرخ في 1950/06/21 في قضية الإرساليات البحرية [7] Les Messageries Maritime صحة هذا الشرط la clause مع أنه في العقود الداخلية هو شرط باطل عملاً بقاعدة إلزامية الدفع بالعملة الورقية، إلا أن إستقرار موقف القضاء الفرنسي على هذا النحو لم يدم طويلاً فقد جنحت ذات المحكمة عنه في قضية حديثة في 1972/02/15 في عقد القرض المبرم بين شركة يقع مقر إدارتها الرئيسي في الجزائر من طرف فرع لها يوجد مقره في فرنسا مع بنك فرنسي، إتفق فيه على أن تكون عملة الوفاء هي الفرنك، وهي

---

[1] : أنظر: د. زروتي الطيب، مقالة منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 35 رقم 1، مشار إليها سابقاً، ص 88، 89، وفي نفس المعنى كذلك د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 20، 21.

[2] : د. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 120.

[3] : د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 21.

[4] : تقابلها المادة 442 ف 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

[5] : حول تفاصيل القضية وما أقرت به المحكمة، أنظر د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 21.

[6] : راجع في هذا الموضوع: رسالة د.زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً، ج1 ص 28، 35 وما بعدها، وكذلك د. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 118.

[7] : لتفصيل أكثر حول القضية راجع مقالة د. زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 35 رقم 01، مشار إليها سابقاً، ص 92 وما بعدها.

العملة الفرنسية والجزائرية في ذات الوقت ولكن بعد تغيير العملة الجزائرية إلى الدينار سنة 1964 نص قانون جزائري على أن كل الإلتزامات السابقة الواجبة الوفاء بالفرنك تستحق بالدينار على أساس دينار واحد يساوي فرنك واحد وبعد إنخفاض قيمة الفرنك سنة 1969 ثار نزاع حول تحديد الثمن الحقيقي الواجب الوفاء..وهنا أخذت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق قانون العقد أي القانون الجزائري وعوض أن تطبق الشرط كقاعدة موضوعية لجأت إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد حسب تركيزه طبقاً لمنهج الإسناد[1].

ومن الممكن أن نضيف للمبادئ السابقة التي أرساها القضاء إهتمام الفقه الحديث بقواعد مادية أخرى لا تزال في طور النمو كي تصبح جاهزة للتطبيق في ميدان التجارة الدولية ومن ذلك شرط حق المعارضة Droit de Veto وشرط حصة الأسد La clause léonine وشرط هارد شيب La clause hardship، حيث يسعى الفقه إلى إضفاء المشروعية عليها في مجال العقود الدولية بالرغم من كونها باطلة في المعاملات الداخلية [2].

وفي القانون الجزائري رغم أن المادة 442 ف 03 من قانون الإجراءات المدنية سابقاً كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلا أنه من حيث التطبيق وما جرى به العمل يلاحظ تخفيفات لهذا المبدأ إذ عملت الدولة الجزائرية إلى قبول مبدأ التحكيم الدولي في كثير من معاملاتها الدولية من ذلك الاتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر في 1963/05/26 [3] وكذلك الإتفاق المبرم بين نفس البلدين في 1965/07/29 [4] وكذلك الاتفاق المبرم بين شركة سوناطراك وشركة **جيتي بيتروليوم** في 1968/10/19 [5] هذه الإتفاقيات تقضي كلها باللجوء إلى التحكيم الدولي [6].

والملاحظ في موقف الجزائر الغامض سابقا حول التحكيم الدولي أنه بدأ يتضح تدريجياً لاسيما بعد أن بدأت تتجه إلى إعتناق سياسة الإقتصاد الحر، وإنضمامها إلى إتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/06/10 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها [7]، وتم تعديل القانون التجاري بموجب المرسوم التشريعي رقم 8/93 المؤرخ في 1993/04/25 وكذلك تعديل المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، بموجب المرسوم التشريعي رقم 9/93 من نفس السنة، حيث سمح المشرع بموجب هذا التعديل للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يلجأوا إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية [8].

---

[1] : راجع في الشروط النقدية في العقود الدولية من حيث التمييز بين عملة الوفاء Monnaie de Paiement وعملة الدفع Monnaie de Compte وموقف كل من القضاء الفرنسي والإنجليزي، رسالة أستاذي زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ج2، ص 316ومابعدها.

[2] : أنظر رسالة د.زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ج2 ص 437.

[3] : الجريدة الرسمية رقم 67 بتاريخ 1963/09/17.

[4] : الأمر 287/65 المؤرخ في 1965/11/12.

[5] : الأمر رقم 59/68 المؤرخ في 1968/10/31 الجريدة الرسمية رقم 88 لسنة 1968.

[6] : راجع في هذا الموضوع، رسالة د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ج 2 ص 416 وما بعدها، ولاسيما ص 418 منها وراجع أيضاً أستاذي د. بوزانة بلقاسم، منازعات المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية، ديوان المطبوعات الجامعية 1985 ص 375.

[7] : وذلك بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، الجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 1988.

[8] : د.زروتي الطيب، مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية السابقة الذكر، ص 97 وما بعدها.

ولقد أخذ المشرع بموجب المرسوم السابق [1] بآخر الأحكام الموضوعية المستمدة مما جرى عليه التطبيق الدولي والتي توصل إليها الإجتهاد القضائي الدولي وأقرتها التشريعات الحديثة من ذلك [2].

- إلغاء الحظر الخاص بأشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية.
- إعتماد التعريف المتعارف عليه دولياً للتحكيم الدولي [3].
- كذلك نص الفقرة 14 من نفس المادة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.
- وأعطت الفقرة 15 من نفس المادة صلاحية الفصل كمفوض لهيئة التحكيم إذا خولتها اتفاقية الأطراف ذلك.

ويمكننا القول انطلاقاً مما تقدم أن كل قاعدة ذات أصل داخلي تبدو عاجزة عن إحداث قانون دولي مادي، إذ لا يحق للمشرع والقاضي الداخليين أن يضعا سوى قواعد محلية، كما أن تبني الأنظمة القانونية المختلفة لقواعد قانونية متشابهة أو مماثلة لا يكفي لإحداث قانون دولي مشترك، نحن إذاً بحاجة إلى قانون مادي ذي أصل دولي[4]، وهذا ما نبحثه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي:

–Les règles internationales d'origine conventionnelle–

يتكون المصدر الأكثر أهمية لهذه القواعد المادية من المعاهدات التي تتبنى قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، كما أن خصوصية هذه العلاقات أفرزت أيضاً عادات يتعامل بها فرقاء التجارة الدولية وتمخضت عن مبادئ كرستها القرارات التحكيمية [5].

ومن الثابت أنه يوجد بقدر عدد من الدول في المجتمع الدولي قوانين وطنية، وتختلف الاتفاقيات الدولية من حيث الأهمية القانونية بقدر عدد الدول المنظمة إليها، والاتفاقيات الأكثر أهمية هي التي تنجح في جذب عدد كبير من الدول إليها بحيث توصف على أنها جماعية أو عالمية، إلا أنه يتعين أن يوضع في الحسبان كذلك نوعية الدول المنضمة إلى الإتفاقية، إذ يجب أن تضم الاتفاقية دول تمثل جميع النظم الاقتصادية والثقافية والقوى السياسية الكبرى في العالم، ولذلك يلاحظ أن هناك بعض الإتفاقيات التي كان من المفروض أن تكون عالمية –بالنظر إلى الدول الأعضاء فيها– إلا أنها أخفقت في بلوغ أهدافها لمجرد امتناع الولايات المتحدة الأمريكية عن الانضمام إليها، وإذا كانت غالبية الإتفاقات التي لها طابع عالمي تتناول موضوعات لها طابع سياسي أو اقتصادي وتندرج في

---

[1] : المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/04/25، الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 1993.

[2] : راجع تفصيلاً في هذا د.زروتي الطيب، مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 35 رقم 1، مشار إليها سابقاً ص 97-98.

[3] : حيث تنص المادة 458 مكرر 1 على أنه " يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" وبذلك جمع المشرع بين المعيارين الإقتصادي والقانوني لدولية التحكيم.

[4] : د. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 120 وقريب من ذلك د.أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 22، 23.

[5] : د. موحند إسعاد مرجع سابق، ص 120.و ما بعدها

إطار القانون الدولي العام، ومع ذلك فإن البعض من تلك الإتفاقيات تتناول مسائل تندرج في إطار قانون الأعمال الدولي [1]، لذلك سأبحث من خلال هذا المطلب كل من: أهمية المعاهدات الدولية في إرساء قواعد موضوعية موحدة (فرع أول)، نماذج عن بعض الإتفاقيات والتمييز في شأنها (فرع ثاني) نظرة تقديرية لذلك (فرع ثالث).

الفرع الأول: أهمية الاتفاقيات الدولية في إرساء قواعد موضوعية:

إلى جانب التشريع والقضاء الوطنيين كمصدرين لقواعد موضوعية، توجد الإتفاقيات وهي أهم مصدر لهذا القانون الجديد، لا لشيء سوى لأنها تمده بقواعد محل إتفاق دولي لتطبق على علاقات التجارة الدولية بغية توحيد الأحكام القانونية في هذا المجال [2].

إن أهمية القواعد الموضوعية التي ترسيها الإتفاقيات الدولية الجماعية تكمن في أنها ذات أثر فعال بالنسبة لتوحيد القوانين الخاصة بتنظيم مراكز دولية معينة [3]وذلك الأثر يكون إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[4].

بطريقة **غير مباشرة** إذا تأملنا إتجاه القضاء في التمسك بالقانون الموحد والإشارة إليه حتى في الحالات التي لم يتم فيها التصديق على المعاهدات الدولية التي أدت لخلق هذا القانون، ويقدم القضاء الفرنسي سوابق في هذا الصدد "مثلاً حكم محكمة إستئناف باريس الصادر ي 19 ماي 1963" حيث أشار البعض للقواعد المادية التي تضمنتها إتفاقيات دولية لم يتم التصديق عليها كأساس للحلول التي يقدمها لبعض المنازعات.

ويبرز **الأثر المباشر** عندما تؤدي هذه الإتفاقيات إلى خلق قواعد موضوعية موحدة تطبق في جميع الدول في العلاقات ولاسيما الدولية، وذلك لطبيعة هذه القاعدة ذاتها أو إعمالاً لنص خاص في المعاهدة يضفي عليها تلك الطبيعة، ونسوق مثلاً القواعد الموضوعية التي تحمل التوحيد وتطبق في العلاقات الدولية والعلاقات الداخلية على حد سواء، معاهدتي جنيف 1930، 1931، الخاصتين بالقانون الواجب التطبيق على الشيك والأوراق التجارية، أما القواعد الموضوعية التي تحمل توحيدا على المستوى الدولي فنسوق معاهدتي لاهاي 1964 وفيينا 1980 المنظمة للبيوع الدولية[5].

الفرع الثانـي: نماذج لبعض الإتفاقيات والتمييز في شأنها [6]:

نشير في هذا الفرع إلى بعض الإتفاقيات الدولية التي تحكم العقود الدولية ونميز بين:

- الإتفاقيات الدولية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.
- الإتفاقيات الدولية حول القوانين الموحدة المطبقة على العقود الدولية.

[1] : د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها.

[2] : د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 237 وكذلك، مقالة للدكتور زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية مشار إليها سابقاً، ص 99 وما بعدها.

[3] : راجع مقالة د.زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية جزء 35 رقم 01، مشار إليها سابقاً ص 99.

[4] : د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 24، 25.

[5] : لتفصيل أكثر حول هذين الإتفاقيتين راجع: Vincent-Heuzé، La vente Internationale de Marchandises، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

[6] : د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها.

1/ **فأما عن الصنف الأول أي تلك التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية نذكر:**

أ. **إتفاقية لاهاي** بتاريخ 1955/06/16 حول القانون المطبق على بيع الأشياء المادية والمنقولة vented objets mobiliers corporls: تخص هذه الإتفاقية ببيع الأشياء المادية المنقولة كما يدل ذلك عنوانها، ولا يدخل ضمن نطاقها المبيعات المتعلقة بالأسهم والسفن والطائرات وكذا عمليات البيع التي تكون نتيجة حجز قضائي، وقد جائت هذه الإتفاقية بقواعد لتحل محل القواعد المعمول بها في ظل نظام تنازع القوانين الكلاسيكي بالنسبة للدول التي صادقت عليها، وتنص الإتفاقية على أن بيع الأشياء المادية المنقولة يحكمه:

- قانون البلد الذي يتم تعيينه من قبل الأطراف المتعاقدة، ويجب أن يكون ذلك صراحة في بنود العقد أو يستنتج منها بما لا يدع مجالا الشك، وفي حالة عدم التعيين فإن العقد يصبح محكوماً بقانون البلد الذي يقع فيه مقر الإقامة المعتاد للبائع لدى تلقيه طلب المشتري.
- و يطبق قانون البلد الذي به مقر الإقامة المعتاد للمشتري، أو الذي يملك به المؤسسة التي قدمت طلب الشراء إذا تم تسليم هذا الطلب فيه للبائع أو من يمثله أو أحد أنواع التقنيين.
- وإذا تعلق الأمر بأحد أعمال البورصة أو البيع بالمزاد العلني فيطبق قانون البلد الذي تمت فيه العملية [1].

ب. **إتفاقية روما** بتاريخ 1980/06/19 حول القانون المطبق على الإلتزامات التعاقدية الدولية [2]:

جاءت هذه الإتفاقية لتتم إتفاقية بروكسل بتاريخ 1968/09/27 المتعلقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ أحكام المحاكم المدنية والتجارية.

تتضمن هذه الإتفاقية مبدأ عاما، ويتمثل في حرية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية مع تقييد هذا المبدأ بعدم خرق القواعد الآمرة للدولة التي يختار قانونها ليطبق على العلاقة التعاقدية الدولية، كما تنص الإتفاقية على عدة قواعد منها:

في حالة عدم إشارة الأطراف لأي قانون يعمد إلى تركيز العقد ويطبق قانون البلد الذي يوجد به أكثر روابط بالعقد.

يمكن إبعاد أحكام القانون المختار التي تتعارض مع النظام العام لقانون القاضي إذا كانت متعارضة معه.

ج. **إتفاقية لاهاي** الدولية بتاريخ جوان 1977 حول القانون المطبق على عقود الوساطة والتمثيل [3]:

تتطرق هذه الإتفاقية للوساطة بمفهومها الواسع سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة ، عارضة أو اعتيادية وكذلك لدور الوسيط في تقديم العروض، وبموجب هذه الإتفاقية فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد المختار من الأطراف، وفي حالة غياب ذلك التعيين يطبق قانون البلد الذي يتبعه الوسيط. وتنظم الإتفاقية كل ما يتعلق بعقد الوساطة أو التمثيل التجاري وكذا الإلتزامات المترتبة عليه وعلاقة الوسيط بالغير، وبصفة عامة أن ما جاءت به الإتفاقية نظام وسط يجمع ويوازن بين الحلول المعمول بها في مختلف أنحاء العالم وبين النظام الأنجلوسكسوني.

---

[1] : أنظر رسالة د.زروتي الطيب مشار إليها سابقاً، ص 67 وما بعدها.

[2] : د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 69، 70.

[3] : المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

2/ الإتفاقيات التي تتضمن توحيد القوانين المطبقة على العقود الدولية المتعلقة بالمبيعات الدولية:

يرجع الفضل إلى مثل هذا التوحيد إلى المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما الذي تمخضت أشغاله بعد 30 سنة من البحث عن إصدار إتفاقيتين دوليتين أثناء إنعقاد مؤتمر لاهاي في 1964/07/01 هما:

أ- **إتفاقية لاهاي** بتاريخ 1964/07/01 المتضمنة القانون الموحد للمبيعات الدولية [1].

ب- **إتفاقية لاهاي** بتاريخ 1964/07/01 المتضمنة القانون الموحد لعقود المبيعات الدولية.

تتضمن الإتفاقية الأولى أربعة أقسام رئيسية هي:

* إلتزامات المشتري * إلتزامات البائع * أحاكم مشتركة لإلتزامات المشتري والبائع * نقل المخاطر

أما الإتفاقية الثانية فتتضمن أحكام وقواعد تهدف إلى التقريب بين مختلف التشريعات فيما يتعلق بطرق إبرام عقود المبيعات الدولية.

إلا أن المجهودات المبذولة لتوحيد التشريع في مجال إبرام العقود الدولية لم تتوقف، فنجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد تكلفت بإعادة النظر في إتفاقيتي لاهاي السالفتين الذكر بهدف تعميم أحكامها على مختلف المتعاملين الدوليين، فأعدت بناءاً على النصين السابقين مشروعا يتضمن قانون موحد لعقود بيع السلع تم إعتماده لدى إنعقاد المؤتمر الدبلوماسي بفينا ما بين 1980/03/10 و1980/04/11 من قبل 62 دولة شاركت فيه [2].

والجدير بالذكر أن القواعد الموضوعية المقررة في هذا السياق في مختلف المعاهدات الدولية وإن كانت ذات أصل دولي إلا أنه ينبغي التمييز في شأنها إضافة إلى ما سبق، فبعضها تبقى محتفظة بطابعها الدولي بإعتبار أنها قواعد موضوعية دولية خصيصاً للعلاقات الدولية، في حين البعض الآخر من القواعد الدولية تفقد طابعها كقواعد دولية موضوعية فتصبح قواعد وطنية إذا تبنت الدول المتعاقدة التشريع الموحد الواردة فيه كجزء من القانون الداخلي، وهذا هو الحال الذي سارت عليه أغلب الإتفاقيات السالفة الذكر [3].

ولابأس أن نشير أخيراً وبعدما ما تطرقنا إلى تلك الإتفاقيات التي تقرر حلولا مادية إلى تلك الإتفاقيات الدولية التي تميز بها قطاع الملكية الصناعية وشكلت في مجملها القانون الدولي الإتفاقي لهذا القطاع.

3/القانون الدولي للملكية الصناعية:

إن الحلول المقررة في القوانين الوطنية، أي في مجال تنازع القوانين في فئات الملكية الصناعية هي معقدة[4]، وهذا ما دفع إلى التفكير في إقرار أحكام دولية إتفاقية لمعالجتها، وإن كان في هذه الأخيرة إيجابيات لصالح الدول النامية

---

[1] : أنظر، د. محمودي مسعود مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

[2] : لتوضيح أكثر حول هذه الإتفاقيات راجع: Vincent-Heuzé، La vente internationale de Marchandises، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها بالنسبة للإتفاقية الأولى وص 88 وما بعدها بالنسبة لإتفاقية فيينا 1980/04/11.

[3] : أنظر مقالة لـ د. زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 35 عدد 01 مشار إليها سابقاً ص 100.99، وفي نفس المعنى كذلك، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ مرجع سابق، ص 238 وما بعدها.

[4] – لاحظ مثلا المادة 12 من الأمر 66-54 الخاصة بشهادات المخترعين و إجازات الإختراعات.

مقارنة مع ما هو مقرر في إتفاقات وأحكام منظمة التجارة العالمية[1]، وعلى العموم وجد قانون دولي إتفاقي في هذا المجال أي بخصوص الملكية الصناعية[2]، وما أكثر المعاهدات الدولية الثنائية والمتعددة التي تنظم حماية الملكية الصناعية، لاسيما بعد التطورات الحديثة في الميدان الصناعي والتجاري والعلمي.

ولعل أقدم تلك المعاهدات هي إتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية المبرمة في 1883/03/20[3]، والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب الأمـــر رقم 75-02 المؤرخ في 1975/01/09، وهي إتفاقيـــة كتب عنها الكثـــير، ولكن يجب التحفظ بشأنها، بالنظر لتغيير الظروف السياسية والإقتصادية بين وقت إقرارها والظروف الحالية.

ولابأس في هذا الصدد أن نشير ولو من باب التذكير بأن العقد الدولي لم يعد بذلك المفهوم التقليدي البسيـــط، بل ارتقى لينظم من قبل أهم الإتفاقيات والأحكام القانونية المقررة في القانون الدولي و لنا أن نشير مثلا إلى الإتفاقيات المتعلقة بالحماية الدولية للملكية الصناعية والتي كان في مقدمتها:

-**إتحاد باريس (1883)**: هذه المعاهدة موضوعية، قواعدها ملزمة للدول الأعضاء في الإتحاد، لا تكتفي بترتيب حقوق وإلتزامات في مواجهة الدول، ولكن تؤثر في التشريع الداخلي للدول الأعضاء، بحيث يجب على الدول المنضمة إليها أن تعدل قوانينها بما يتفق مع مضمون الإتفاقية، وكذلك لا يجوز لعضو فيها أن يتفق مع دول أخرى أطراف في المعاهدة على تنظيم يخالف أحكام الإتفاقية (المادة 19 منها).

-**إتفاقية التعاون الدولي بشأن براءات الإختراع**: (P.C.T واشنطن 1970)[4]، وتعرف هذه الإتفاقية بإتفاقية Putent Cooperationt ready، أبرمت في واشنطن بتاريخ 19 جوان 1970، وعالجت مشكل تسهيل تقديم طلبات الحماية وفحصها لدى مكتب واحد قصد ترتيب الحماية في عدة دول خـــــلال مـــدة قصيرة، وقد ساهمت في إعدادها كثير من الدول النامية والدول الصناعية ومنظمات حكومية متخصصة في الموضوع[5].

ولعل أهم آلية قانونية تضمنتها إتفاقية P.C.T هي مرور طلب البراءة بثلاث مراحل أولها تقديم الطلب إلى إدارة البراءات الوطنية، التي تحيله إلى إحدى الإدارات المختارة دوليا، وثانيا هي الفحص الدولي، وهو فحص موضوعي للطلب، والغرض منه هو تخفيف العبء على الإدارة الوطنية في فحص طلبات الحماية، وتليه مرحلة ثالثة هي مرحلة الفحص المبدئي الدولي.

والملاحظ من خلال تقييم هذه الإتفاقية أنها معاهدة إجرائية القصد منها تبسيط إجراءات الإيداع، فضلا عن ذلك أن تقرير البحث الدولي الذي يرفق بالطلب الدولي مهم للدول النامية لاسيما أنه يتيح لها فرصة الإطلاع

---

[1] – لتفصيل أكثر حول أحكام منظمة التجارة العالمية و إتفاقاتها خاصة منها إتفاق الجوانب التجارية المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية، راجع، د. عادل المهدي، عولمة الإقتصاد العالمي و منظمة التجارة العالمية، الدار المصرفية اللبنانية، الطبعة الثانية 2004، ص 286 و ما بعدها.

[2] – راجع في ذلك، د. الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية تحاليل و وثائق، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص 43 و ما بعدها.

[3] – طرأت عليها عدة تعديلات في بروكسل سنة 1900 و في واشنطن 1911 و في لاهاي سنة 1925 و في لندن سنة 1934 و في لشبونة سنة 1958 و في ستوكهولم سنة 1967

[4] – لتفصيل أكثر حول هذه الإتفاقية، أنظر إلى د. زروتي الطيب، القانون الدولي للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 56 و ما بعدها.

[5] – من أولائك المساهمون نذكر: غرفة التجارة الدولية، الجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية و التجارة...إلخ.

على أحدث أسرار الإختراعات نتيجة لسرعة نشر الطلب الدولي مرفقا به تقرير البحث الدولي، نهيك عن الإنعكاسات الإيجابية لأحكام الفصل الرابع من المعاهدة[1].

-**معاهدة ستراسبورغ للتصنيف الدولي الموحد:** حيث أبرمت هذه الإتفاقية في 1971/03/24 بمدينة ستراسبورغ والغرض منها كفالة الإستفادة من بحث الإختراع بطريقة منظمة تسهل عمل إدارات البراءات الوطنية لفحص طلبات البراءات المقدمة إليها، وذلك بهدف الإستفادة مما تتضمنه تلك الوثائق من تكنولوجيا حديثة حاصلة بالنسبة للدول النامية، وهو ما يشكل بحق أهم مظاهر للتعاون الدولي في هذا المجال[2].

والجدير بالذكر هو أن هذه الإتفاقيات الدولية وغيرها و إن كانت تخدم الطرف القوي إلا أنها تهتم بالدول النامية ولو بشكل أقل، وهو ما يميزها بل ويلطفها لتكون مقبولة على المستوى الدولي مقارنة مع منظمة التجارة العالمية، وما تقره من أحكام وإتفاقات التي فعلا تجسد اللاإهتمام بالطرف الآخر.

الفرع الثالث: نظرة تقديرية:

إنه وفي إطار التعرض للإتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، يتعين الإشارة إلى أن هذا الدور بالرغم من أهميته البالغة، إلا أنه من المتعذر الإعتماد عليه بصفة أساسية ومرجع ذلك أنه من الصعوبة بمكان الوصول إلى توحيد فعال للقانون بين الدول بالرغم من احتفاظ كل دولة بسيادتها واستقلالها ، مما يعني إختلاف النظام القانوني من دولة إلى أخرى، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن نجاح عملية التوحيد التشريعي للقواعد الموضوعية تفترض أن تكون الدول الموافقة على التوحيد متساوية من حيث درجة الحضارة المدنية والقوة الإقتصادية، وهذا الشرط يعد مفترض أساسي للوصول إلى توحيد حقيقي بناءاً على مساهمة متوازنة من الدول ولكن هذا المفترض الجوهري مفتقد [3].

وبناءً على ذلك سوف تظل هناك عقبات قوية تواجه محاولات بناء معاهدات دولية في مجال توحيد القانون ومرجع ذلك وجود تصادم بين ما تقرره هذه الإتفاقيات من قواعد وما هو مقرر في النظم القانونية الداخلية، هذا التصادم من شأنه أن يولد نوعا من النفور وعدم الإنسجام لدى الدول في الإنضمام إلى تلك الإتفاقيات، إذ أن قبول الإنضمام سوف يعني التضحية الوطنية بجزء من المفاهيم القانونية السائدة في المجتمع الداخلي [4].

---

[1] -لاسيما المادتان 51،52، هما في صالح الدول النامية فيما يخص مجال المعلومات و المساعدة الفنية حيث تمكنها من تطوير تشريعاتها الخاصة بهذا القطاع، فضلا عن تمكينها من طلبات الإيداع من الأجانب في هذه الدول، فمثلا في الجزائر سنة 1976، تم إيداع 438 طلب من الأجانب، أنظر في ذلك، د. الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 62 و ما بعدها.

[2] – يضاف إلى هذه الإتفاقيات، في هذا الشأن معاهدة جنيف للتسجيل الدولي للإكتشافات العلمية لسنة 1978 و التي تتضمن 22 مادة، حيث حددت دباجتها هدفها الأساسي المتمثل في الإستفادة من المعارف العلمية و تشجيع أصحابها بإقرار نظام يسمح لهم بتسجيل مكتشفاتهم و نشرها على المستوى الدولي.

– إتفاقية واشنطن للدوائر المتكاملة سنة 1989....إلخ لتفصيل أكثر هو هذا الموضوع، راجع، د. الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 65 و ما بعدها.

[3] : د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 42.

[4] : نفس المرجع السابق، ص 43، وقريب من ذلك د. أحمد عبد الحميد عشوش المرجع السابق، ص 24 وما يليها.

والأمر الهام أن المعاهدات الدولية يمكن أن تظهر على الساحة العالمية بإعتبار أنها تمثل مصالح قلة من الـــدول أو بمثابة أنها قانون الأقوياء الذي يريد فرضه على الضعفاء.

ولذلك ومهما يكن وإن كانت القواعد الموضوعية تضيق وتحد من نطاق تطبيق منهج التنـــازع إلا أنهـــا لم تستبعد نهائياً هذا المنهج الذي يظل يحتفظ بدور لا يمكن إهماله سواء بالنسبة لتحديـــد مجـــال تطبيـــق القاعـــدة الموضوعية أو بالنسبة لتفسير تلك القاعدة [1]، وهذه النتيجة تجعلنا مقتنعين على أن منهج القواعـــد الموضـــعية لا يستطيع أن يستغني عن منهج الإسناد ويقصيه من التطبيق لأن الحاجة للمنهج الأخير تظل قائمة ما لم توجد وحدة سياسية أو على الأقل جهة قضائية عالمية تتكفل وحدها وبصفة إلزامية بالنظر في منازعـــات العلاقـــات الدوليـــة والمنبثقة من العقود الدولية، وهو أمر مستبعد في الوقت الحاضر [2].

وعلى هذا فإنه لا يمكن الإعتماد على المعاهدات الدولية فقط كمصدر جوهري لذلك التوحيد، بـــل يجـــب اللجوء إلى مصادر أخرى للوصول إلى قواعد موحدة تحكم المعاملات الدولية أكثر توازناً وتعبيراً عـــن المـــصالح المختلفة للمتعاملين في هذا المجال.

المطلب الثالث: قواعد القانون التلقائي:

هذا القانون ينبع من وسط وواقع التعامل الدولي، ومن ثم فهو تلقائي النشأة يتصف بالواقعية والمرونة، وهـــذا ما تقتضيه المعاملات الدولية التجارية، فهو متحرر من القوالب التشريعية والأحكـــــام الآمـــــرة في القـــوانين الداخلية، وعماد نشأته وأساسه القانوني هو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، وأساسه في القانون الوضعي قاعدة سلطان الإرادة المكرسة في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولقد وجد فيها الفقه المؤيد لهذا التيار سنداً تشريعيا صالح لتبرير مقولة أن العقد الدولي يكفي نفسه بذاته [3].

وقبل التفصيل في هذا الموضع لا بأس أن نبدي ملاحظتين مؤدى **الأولى** هي: أن قواعد القانون التلقائي توجد بصفة أساسية في مجال التجارة الدولية والتي تعد أيضاً المجال الخصب للتحكيم لأن قواعده لم تتطور إلى مجـــالات أخرى[4]، أما الملاحظة **الثانية** تكمن في إختلاف أهمية القانون التلقائي حسبما كانت العلاقة المطبق عليها محل نزاع أولاً ، ففي الحالة الأولى يشير التجار في عقودهم إلى هذه القواعد، لكن في حالة نشوب نزاع يفقد هذا القـــانون كثيراً من أهميته لإنعدام عنصر الجزاء فيه ذلك أن الجزاء المتصور فيه لا يعدو أن يكون معنوي [5].

إلا أنه ورغم ذلك فلقد تظافرت عدة عوامل مجتمعة على ذيوع وإنتشار هذا القانون بسرعة وأهمها نخص هذا المطلب لدراستها ، بحيث نفرد الفرع الأول منه إلى العقود النموذجية والصيغ العامة، وفي فرع ثاني نتطـــرق إلى

---

[1] : أنظر د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 25، وفي نفس المعنى د. موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 121.

[2] : راجع رسالة الأستاذ زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ص 207، وكذلك مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 35 رقم 01 مشار إليهـــا ســـابقاً ص 100 ولاســـيما ص 107.

[3] : د.زروتي الطيب، مقالة منشورة في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية،جامعة الجزائر 1998، جزء 36 عدد 03 ص 125 وما بعدها.

[4] : يقول الفقيه فيليب كان Khan أنه " إذا كان يمكن أن نتصور بسهولة وجود مجتمع دولي للتجار، فلا يمكن أن يتوارد إلى الأذهان بيسر قيام مجتمع دولي للأفراد "، أنظر في هذا د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 56.

[5] : مرجع سابق، ص 56، 57.

الهيئات المتخصصة ومؤزراتها لتدويل العقد الدولي، وفي فرع أخير إلى الجهود المبذولة من طرف الفقه لتحييد قانون العقد، أما التحكيم فإننا نخصص له مبحث خاص به نظراً لدوره الفعال في هذا المجال.

الفرع الأول: العقود النموذجية والصيغ العامة:

أولاً: بالنسبة للعقود النموذجية:

نشير بداية إلى أن أنصار نظام التدويل إعتمدوا في بعض حججهم على هذا النوع من العقود بحيث إعتبروها وسيلة لتحقيق الكفاية الذاتية للعقد، والعقود النموذجية يجري الإصطلاح على تسميته بالعقود النمطية contrat types، التي إستقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً Formules Préétablies والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل [1].

إن التجمعات المهنية والهيئات المتخصصة في التجارة الدولية هي التي تقوم بوضع نماذج عقدية مطبوعة معدة سلفاً مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية يستوعبها الأطراف بسهولة وهي جاهزة للإستعمال تشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد كتحديد مكان إبرامه وزمانه وإلتزامات الأطراف فيه، وحقوقهم وآثار العقد وكيفية تنفيذه، وخصائص البضاعة المباعة وميزتها الفنية وكيفية التحقق منها وشهادة ضمانها ومدة فحص البضاعة المسلمة ومطابقتها وتقدير الإحتجاجات بما يوجد فيها من عيوب أو عطب وتحمل تبعة الهلاك والثمن وموعد إستحقاقه وكيفية الوفاء به...وغيرها من الشروط إلى أن تصل إلى تحديد جهة التحكيم المختصة وكيفية تشكيلها وحدود إختصاصها، ونادراً ما يرد في العقد بند يخص القانون واجب التطبيق عليه [2].

وبهذا المفهوم أضحت تلك العقود تجسد مبدأ " العقد قانون أو شريعة المتعاقدين" بل من الميسور تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، وما تحويه تلك العقود من دقة يغني المتعاقدين من الدخول في مفاوضات، وبذلك فهي تساهم في إقتصاد الوقت والنفقات بحيث يكفي لإبرامها إتصال هاتفي أو إشارة بالتليكس إلى عقد نموذجي معين [3].

ولعل أهم وأبرز مجهود تقوم به الجميعات والهيئات المهنية في إعداد هذه العقود هو ذلك الذي بذلته اللجنة الإقتصادية لأوروبا C.E.E حيث قامت بإعداد عدد كبير من العقود النمطية الدولية [4]، كما نذكر أيضاً مجهود مجلس المساعدة الإقتصادية المتبادلة "الكوميكون" سابقا وإعداده للشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الأعضاء في المجلس وذلك عام 1968 والتي بدأ سريانه من أول يناير 1969، وهي شروط عامة تصلح للتطبيق على البيوع الدولية المختلفة، وإن كان ذا طابع إقليمي، هذا فضلاً عن العقود النمطية لجمعية لندن لتجارة

---

[1] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 54 وما يليها.

[2] : لاحظ، مقالة أستاذي، الطيب زروتي منشورة في المجلة الجزائرية، الجزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً ص 126 وما يليها.

[3] : مرجع سابق، ص 27، وفي نفس المعنى د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 89.

[4] : نذكر من تلك العقود: العقد النمطي لتصدير المصانع والآلات، العقد النمطي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها والعقد النمطي لبيع الحبوب "سيف" و"فوب"، والعقد النمطي للبيع الدولي للحمضيات، والعقد النمطي لإستراد وتصدير الخشب الناعم المنشور...إلخ، أنظر حول هذا مؤلف، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 54، ولتفصيل أكثر حول عقود "سف" و"فوب" أنظر: Vincent Heuzé مرجع سابق، ص 335 وما بعدها.

الحبوب، والعقود النمطية للبيع الدولي للحديد، والقواعد الموحدة لتحصيل الأوراق التجارية لعام 1957، والقواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية Incoterms [1].

ويترتب على انتشار هذه الأدوات العقدية المهنية قيام توحيد للقواعد القانونية المعمول بها، وهو توحيد يتحقق تلقائياً وبصورة أيسر من التوحيد التشريعي سواء الوطني منه أو الدولي، كما يلاحظ أن شيوع استخدام هذه الأدوات الفنية يعد من قبيل العادات التجارية في فرع تجاري ومن ثم فإنها تساهم في نشأة القواعد العرفية الدولية [2].

ومهما يكن من أمر فإن التكييف القانوني للعقود النمطية هو أنها "تخلق قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية" بالنظر أنها تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عنها، ولما كانت العقود النمطية تعد في الغالب مرحلة أولى في عقود الإذعان Contrats d'adhésion فإن التكييف السابق يبدو مقبولاً لدى أغلبية الفقهاء حيث يعتبرونها " عقود خلاقة لقواعد عامة" [3].

والجدير بالذكر هو التنويه إلى ذلك الفرق بين العقود النمطية والشروط العامة، بحيث أن وثيقة العقد النموذجي يمكن لطرفي العقد استخدامها على أنها وثيقة العقد نفسه بعد إضافة البيانات الخاصة بظروف العقد مثل أسماء الأطراف والسعر، في حين أن الشروط العامة هي شروط مطبوعة في وثيقة مستقلة عن العقد، عادة ما يشار إليها في العقد للأستئناس بأحكامها أو إدراج بعضها في العقد نفسة، وهي تحتوي على الأمور العامة والمعقدة التي يهتم المتعاقدون بها عادة [4].

ونصل إلى القول بأن العقود النمطية تقود إلى مبدأ الكفاية الذاتية للعقد على نحو تجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمراً نادراً، وقد عبر عن ذلك الفقيه الأستاذ CAPATINA بقوله أنه مع تلك العقود النمطية والشروط العامة فإن " تدخل القانون قد تقلص بدرجة كبيرة لكون تلك العقود تنطوي على تنظيم في غاية الدقة حول الإلتزامات التعاقدية، فمن غير المفيد في نطاق كبير تدخل القانون لحل النزاعات المحتملة" [5].

ثانيـــاً: بالنسبة للصيغ العامة:

بالإضافة إلى العقود النموذجية توجد أيضاً صيغاً عامة تشتمل على أحكام موضوعية إستثنائية معدة في شكل نصوص قانونية يجوز للمتعاقدين الإعتداد بها كلها أو بعضها أو إستبدالها بغيرها أو يعدلوا منها، ويشترط للإعتداد بها أن ينص الأطراف على ذلك صراحة في العقد.

[1] : أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 57.

[2] : د. ثروت حبيب المرجع السابق، ص 37-43.

[3] : لاحظ، د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 85.

[4] : أنظر في هذا: د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 91 وقريب من هذا المعنى د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

[5] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص59-60.

ومن هذا فإن وجه الخلاف بين الصيغ العامة هذه والعقود النمطية يكمـــن في أن هذا الأخير هــــو العقــد ذاته، بينما وثيقة الصيغة العامة لا يمكن أبداً إعتمادها كعقد منفردة أو بمعزل عن العقد النموذجي غاية ما في الأمر أنها وثيقة معدة للإستئناس بأحكامها الموضوعية [1].

هذا ولقد كان للجمعيات والهيئات المهنية المتخصصة الفصل الكامل في إنجاز وتجهيــز إضــافة إلى العقــود النموذجية السالفة الذكر، إقرار صيغ عامة مساندة ومكملة لتلك العقود، ولا بأس أن نشير في ذلك إلى مـــساهمة اللجنة الأوروبية الإقتصادية التي أنشأها المجلس الإقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة سنة 1947، وترك بصماتها في إعداد طائفة من الصيغ العامة للتعامل في المنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية، ومن تلك الصيغ نذكر مثلاً:

- الشروط الخاصة بتصدير المصانع والآلات 1953 ورقمه 188.
- الشروط الخاصة بناء المصانع والآلات في الخارج 1963 ورقمه 188/د.
- الشروط الخاصة لتصدير المصانع والآلات مع القيام برتكيبها 1973 ورقمه 188/أ.
- الشروط العامة للإشراف على بناء المصانع والآلات في الخارج ورقمه 188/ب.

أما أهم الصيغ الخاصة بالمنتجات الزراعية فهي متنوعة [2].

في الحقيقة إن غاية واضعي العقود النموذجية والصيغ العامة هي جعل العقد الدولي في غنى عن القانون أصـــلاً أو جعل هذا الأخير في مرتبة تالية لمكانة دور المتعاقدين، ولكن حسب بعض الفقهاء ، مهما حاول الفقه تبرير هذا المعنى الإجتهادي تبقى هناك ثغرات ونواقص في العقد لابد من الإحتكام بشأنها إلى القانون، لاسيما وأن الأمـــن القانوني الذي تقدمه تلك العقود والصيغ يقتضي وجود تقارب نفسي وثقة متبادلة بين طرفي العقد، وسرعان مـــا يتبدد جو الثقة تلك بمجرد حصول خلاف حقيقي، فيعمد كل طرف للدفاع عن مصالحه الشخصية و لا يعتمـــد في تبرير ذلك إلاعلى القانون، وهذا ما يؤكد أن دور تلك القواعد لا زال خارج القانون [3].

وبناءً على هذا فإننا نظل مثل المؤيدين لمنهج الإسناد مقتنعين من أن القانون التلقائي في صـــيغته الـــسابقة أي العقود النموذجية والصيغ العامة لا يستطيع أن يقصي القانون الوضعي الذي يعين ويحدد حسب المنهج العريـــق- منهج الإسناد-

ورغم هذه النتيجة المؤكدة إلا أنه توجد هيئات متخصصة لمؤازرة هذا التدويل وهو ما نشير إليه من خـــلال الفرع الموالي:

---

[1] : أنظر، د. زروتي الطيب مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً، ص 127.

[2] : نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، الصيغ الخاصة بعقود بيع الحبوب (16 صيغة) صيغ البيع الدولي للحمضيات 1973، شروط الصفقات الدوليـــة للبطاطـــا 1973...إلخ، راجع في هذا مقالة د.زروتي الطيب، منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 36 رقم 03، مشار إليها سابقاً ص 128.

[3] : راجع رسالة أستاذي، د. زروتي الطيب مشار إليها سابقاً، ج2 ، ص 432 وما بعدها.

الفرع الثانـــي: الهيئات المتخصصة ومؤازرتها لتدويل العقد:

لقد أولت منظمات دولية وإقليمية وهيئات متخصصة عناية بالغة الأهمية في إنشاء وتجسيد قواعـــد النظـــام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية، بل توصلت إلى إعداد مشاريع إتفاقيات دولية مهمة [1]، وفيما يلـــي نتعرض للدور الذي لعبته تلك المنظمات والهيئات الدولية البارزة.

1/ عصبة الأمم[2]:

إهتمت عصبة الأمم المتحدة وأولت عناية خاصة لتسيير المبادلات الدولية وعملت على توحيد بعض أنظمتـــها وأهم ما قامت به:

- البروتوكول المتعلق بشرط التحكيم سنة 1923.
- إتفاقية جنيف لتوحيد نظام الصرف.

2/ منظمة الأمم المتحدة:

أنشأت إتفاقية شيكاغو المتعلقة بمنظمة الطيران المدني وملاحقها، وفي سنة 1958 إتفاقية نيويـــورك المتعلقـــة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وفي سنة 1964 مؤتمر الأمم المتحـــدة للتجـــارة والتنميـــة CNUCED وأسست بموجب القرار 2205 أثناء إنعقاد دورتها 21 سنة 1966 لجنة الأمم المتحدة لقانون التجـــارة الدوليـــة CNUDCI [3]، ولقد سعت هذه اللجنة لإحياء القواعد التجارية الدولية، والدعوة للعمل بها وتعميم تطبيقها على كافة الدول كي يطبق ذلك القانون عالمياً في صيغة جديـــدة ينسجم مع مستجـــدات الحياة الدوليـــة العـــصرية، فقد عمدت اللجنة المذكورة للتنسيق بين أنشطة المنظمات المهتمة بالتجارة الدولية وتـــشجيع الأخـــذ بـــالعقود النموذجية، والقوانين الموحدة وإعداد مشاريع إتفاقية دولية، والبحث عن وسائل توحيد تفسير الإتفاقيات التجارية الدولية...إلخ [4].

كما حثت تلك اللجنة على تدويل المصطلحات التجارية، ولا بأس أن نشير إلى هذا المجهـــود بنـــوع مـــن التفصيل نظـــــراً لأهميته في التجـــارة الدوليـــة، فالواقـــع أنه توجـــد مجموعة اصطلاحـــــات التجـــــارية الدولية، Incoterms abréviation de international commercial Terme، فمثلاً هناك تـــسميات لبيوع دولية بحرية شاع استخدامها لتطور صناعة النقل البحري مثل البيع FOB والبيع CIF، وهذا الأســـلوب كان من شأنه تبسيط إجراءات التعاقد ،ولكن المشكلة التي واجهت المتعاملين في هذا المجال إمكانيـــة اخـــتلاف مضمون المصطلح المستخدم من دولة إلى أخرى مما يترتب عليه إحداث ضرر وهو الأمر الذي كان يعتـــبر عقبـــة

---

[1] : د. زروتي الطيب، مقالة منشورة في المجلة الجزائرية، جزء 36 رقم 03، مشار إليها سابقاً، ص 131.

[2] : د. محمودي مسعود مرجع سابق، ص 58.

[3] : المرجع السابق، ص 59.

[4] : أنظر، د. زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 131 وما يليها.

أمام تطور التجارة الدولية[1]، ولذلك قامت غرفة التجارة الدولية بمحاولة توحيد المضمون الدقيق لكل مصطلح مستخدم في آخر إصدار لها سنة 1990[2].

هذا ولقد توصل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية لإعداد مشروع قانوني طموح في أهدافه الإقتصادية والسياسية والتجارية العالمية وهو مشروع الإتفاقية الدولية الخاصة بالسلوك الدولي لتحويل التكنولوجيا[3] .

كما أولت الأمم المتحدة مؤخراً عناية خاصة بذلك التوحيد في مجالات أخرى مثلاً في سنة 1970 أنشأت إتفاقية ستوكلهم المتعلقة بتأسيس المنظمة العالمية للملكية الصناعية، وكذلك إتفاقية واشنطن في نفس السنة والخاصة ببراءة الإختراع والتي حلت محل الإتفاقية التي سبقتها في هذا الميدان مثل إتفاقية باريس لسنة 1928 وإتفاقية فارسوليا سنة 1929 و إتفاقية شيكاغو 1944 [4].

ويضاف إلى تلك الجهود، أعمال المنظمات الإقليمية كمنظمة الدول الأمريكية، والإتحاد الأوروبي ومجلس المعونة الإقتصادية المتبادلة بين الدول الإشتراكية سابقاً، ودول جامعة الدول العربية وكذلك أعمال اللجان الإقليمية التابعة للأمم المتحدة [5].

3/ التجمعات الدولية الإقليمية:

نشير من خلال هذا البند إلى اللقاءات التي جرت بين التكتلات الدولية حسب الإقليم الذي تنتمي إليه[6]:

دول أمريكا: عرفت عدة لقاءات ومؤتمرات أسفرت عن العديد من الإتفاقات الدولية أهمها:

- لقاء ليما لسنة 1857، وتبنى تقنين جميع المسائل الخاصة بتنازع القوانين التي تهم الأشخاص و الأموال والعقود والإختصاص القضائي، وكذلك الزواج والميراث.
- إتفاقية منتفيديو لسنة 1889 بشأن القانون المدني الدولي، التنازع التجاري البحري والبري، وتضمنت قواعد لحل المسائل المتعلقة بتنازع القوانين في العلاقات التجارية والصناعية وقواعد التجارة الدولية، وإتفاقية أخرى خاصة بتطبيق القانون الأجنبي.
- المؤتمر السادس للإتحاد الأمريكي المعروف بإسم مؤتمر هافانا لسنة 1928 الذي أقر تقنين بوستمانت نسبة إلى الفقيه الكوبي **أنتونيو بانشيز بوستامنت سيرفن** والذي تضمن حوالي 437 مادة في المسائل التجارية وشركات المبيعات والإرادة التجارية والتأمين والإجراءات وقانون العقوبات الدولي.
- مؤتمر الإتحاد أمريكا التي أنيطت بمهمة إتمام توحيد التشريع بين كافة الدول الأمريكية بما في ذلك الولايات المتحدة الأمريكية-restatement of the cour second- وتم على إثر ذلك إقرار قانون

[1] : أنظر، د. ثروت الحبيب، مرجع سابق، ص 56.

[2] : أنظر، د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 66.

[3] : لتفصيل أكثر في هذا المشروع ومعوقاته، أنظر رسالة د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً، ج 2، ص 466.

[4] : أنظر في هذا د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 59.

[5] : لمعرفة جهود وأعمال تلك المنظمات الإقليمية، راجع مقالة، د.زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية، ج 36 عدد 03، مشار إليها سابقاً ص 132، لاسيما الهامش من 13-16، ص 150-151.

[6] : أنظر تفصيلاً في هذا، د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 61.

موحد وفي لقاء بنما لسنة 1975 لسنة 1975 ثم إستقرار الرأي على إبرام 13 إتفاقية دولية بين المجموعة الأمريكية حول المسائل المدنية والتجارية الدولية [1].

دول أوروبا الغربية: شهدت نشاطات هامة وتمخضت المؤتمرات واللقاءات التي عقدتها عن إبرام عدة إتفاقيات دولية من بينها:

- إتفاقية سنة 1951 المتضمنة إنشاء المجموعة الأوروبية للفحم والصلب بعد سلسلة من عدة لقاءات بباريس وبلجيكا وهولندا ثم لكسمبورغ.
- معاهدة روما لسنة 1957 التي أسفرت عن إنشاء السوق الأوروبية المشتركة، ومما جاء في صلبها حث الدول على إبرام الإتفاقات في المسائل التجارية الدولية.
- إتفاق دول البنلوكس- بلجيكا، هولندا، لوكسمبورغ- لسنة 1951 والقاضي بتوحيد القوانين بين هذه الدول خاصة في مسائل العقود وقد تم تعديله سنة 1969.
- وعملت الدول الإسكندنافية على توحيد الأحكام الخاصة بالتجارة الدولية، إذ نجد قانون خاص بالنقل البحري صدر سنة 1880 وآخر خاص ببيع البضائع صدر سنة 1905 وقوانين أخرى خاصة بالعقود والمعاملات والأوراق التجارية.
- وحقق المجلس الأوروبي الذي يتكون من مجلس الشمال Le conseil nordique والسوق الأوروبية المشتركة ودول البنلوكس عدة إتفاقيات [2].

جامعة الدول العربية: أنجزت عدة إتفاقيات نذكر منها:

- معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الإقتصادي بين دول الجامعة العربية سنة 1953/04/13.
- إتفاقية الوحدة الإقتصادية العربية بتاريخ 1957/06/03 والتي إنبثق عنها مجلس الوحدة الإقتصادية العربية والذي أسس بتاريخ 1964/08/13 السوق العربية المشتركة.

إن جهود هذه الهيئات كلها مجتمعة ومتكاملة بالنظر لأهدافها الرامية لتوحيد أحكام التجارة الدولية وتيسيرها بين الدول أفلحت في الوصول إلى توحيد موضوعي تدريجي لحل المسائل القانونية المتاحة سواء كانت قواعد موضوعية موحدة أو متعلقة بقواعد إسناد [3].

أما أعمال **المراكز العلمية المتخصصة** فهي عديدة ومتنوعة بحيث لا تقع تحت الحصر ومن أهمها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي، والجمعية الدولية للعلوم القانونية والجمعية البحرية الدولية، ولا بأس أن نشير إلى أهم عمل قام به المعهد الدولي للقانون الخاص و الذي تمثل في تقرير قدمه إلى اللجنة القانونية التجارية الدولية في صورة نظرية عامة للعقد الدولي، بحيث نوه المعهد المذكور في تقريره بأن التشريعات

---

[1] : من تلك الإتفاقات نذكر: إتفاقيات في القانون التجاري الدولي، إتفاقية حول الشركات التجارية الدولية إتفاقية حول التحكيم الدولي، إتفاقية حول تنازع القوانين.

[2] : نذكر منها مثلاً: - الإتفاقية الأوروبية للتصنيف الدولي لبراءات الإختراع سنة 1953.

- الإتفاقية الخاصة بتصنيف الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والتي أقرتاها اللجنة الإقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة سنة 1961، لتفصيل أكثر أنظر، د.محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 62.

[3] : أنظر، د. زروتي الطيب مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً، ص 132.

الوطنية مهما إستحدثت من أحكام إلا أنها تبقى عقبة في وجه تطور التجارة الدولية ووسائلها القانونية، بالرغم من أن ما أوجده الواقع العملي بفضل تضامن المتعاملين الدوليين وتعاونهم كفيل بتحقيق نوع من الوحدة القانونية والإستقرار النسبي، وقد حصر المشروع المذكور نطاق التوحيد في تنظيم عام للمبادئ الأساسية في العقود الدولية (الإلتزامات الرئيسية) إعتماداً على القواعد الموضوعية الموحدة وفي حالة النقص يعوض بأحكام القانون الموحد، وذلك في كل جوانب العقد الدولي [1].

الفرع الثالث: جهود الفقه الدولي لتحييد قانون العقد [2]:

لقد روج الفقه لمبدأ العقد الدولي ودافع عنه بحماس معتمداً في ذلك على حجج واقعية وأسانيد قانونية نظرية.

فمن **حيث الواقع** لاحظ الفقهاء أن تنوع أنماط العقود الدولية الحديثة وصعوبة تكييفها وتصنيفها ضمن طوائف العقود التقليدية المعروفة في القانون الداخلي جعل المتعاملين الدوليين يعزفون عن القانون ويهتمون بالإشتراطات المفصلة ويحررون عقودهم بدقة متناهية تلافياً للرجوع لحكم القانون، ولعل أبرز دليل على ذلك العزوف هو إعتماد المتعاملين الدوليين على العقود النموذجية وكذلك الصيغ العامة التي تجنبهم دقة المفاوضات وتمكنهم من الحبك الجيد للعقد.

أما من **الناحية القانونية** فمادام المشرع قد خول المتعاقدين حرية إختيار القانون المناسب لهم وإعتراف مسبقاً بالقوة الملزمة لتعهداتهم [3]، بعيداً عن القانون إذاً فمن الجائز الإستغناء عن أحكام القانون وقواعد التنازع فيه.

ولا بأس أن نشير إلى مواقف وآراء بعض الفقهاء المدافعين على نظام التدويل، وأي تدويل؟ ذلك الذي يخرج العقد من حكم وسلطان القانون، فمثلاً يقول الفقيه **فوشار** "أن تطبيق العادات والأعراف التجارية أصبح حقيقة فرضت نفسها، في منازعات التجارة الدولية، مستنداً في ذلك إلى ما قررته الإتفاقيات الدولية من سلطان واسع بوصفهم خبراء في القانون المهني، دون إرتباطهم بقانون معين ".

وينصح الفقيه **إيفون ديرين** المتعاملين الدوليين ألا يلجئوا أثناء صياغة عقودهم إلى الأفكار الغامضة، بل عليهم أن يحرروا عقودهم بشكل كافي من التفاصيل حتى لا يتركوا مجالا للقاضي كي يرجع إلى قاعدة عليا.

هذا وإن الاتجاه الراجح في الفقه يرى أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أصبحت تشكل نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، فالنظام القانوني هو مجموعة من القواعد الخاصة والأجهزة القادرة على تطبيقها، والواقع أن رجال التجارة الدولية يظهرون في الحقيقة كوحدة متماسكة بدرجة كافية، فهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون تجمعا حقيقيا Une véritable communauté

[1]: أنظر، د. زروتي الطيب مقالة له منشورة في المجلة الجزائرية الجزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً، ص 132، 133.

[2]: نفس المرجع ص، 133 وما بعدها، وفي نفس المعنى كذلك، هشام صادق مرجع سابق، ص 374 وما بعدها.

[3]: أنظر نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

internationale ويتولى هذا المجتمع وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات الحاصلة في هذا الوسط الدولي[1].

ولقد إستند العديد من الفقهاء في تبرير استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة التي هي طرف في العقد إلى مبادئ قانونية عامة كفكرة الحقوق المكتسبة، ومبدأ إساءة إستعمال الحق والإنحراف بالسلطة...إلخ [2].

ومهما يكن من تأييد لترويج دولية العقد الدولي إلا أن الحقيقة تظل ثابتة لا يمكن لتلك الخلفيات السياسية أن تخفيها ، والمتمثلة في بقاء حاجة العقود الدولية للقانون الوضعي ليس لفاعليته فحسب وإنما لعدم كمال تكوين النظام المتغنى به.

المبحث الثالث: دور التحكيم في بلورة وخلق وقواعد أكثر ملاءمة للعقد الدولي:

يعتبر التحكيم الدولي وسيلة وعامل آخر يضاف إلى تلك التي تظافرت على ذيوع وانتشار القانون الموضوعي والموحد الخاص بالتجارة الدولية، بل تعزز دور التحكيم لاسيما التجاري الدولي منه حديثاً حيث أصبح جهة قضائية مفضلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، منافسة للقضاء العادي الذي تشرف عليه الدولة[3]، وذلك بعد أن أولته الدول و المنظمات المتخصصة و المتعاملون الدوليون عناية خاصة بوصفه قضاء خاصا يتميز بباسطة إجراءاته وسريته وسرعة الفصل في المنازعة المعروضة أمامه، فهو إذاً من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلاد النامية[4] .

وإذاً يمكن القول وباطمئنان أن الفصل في منازعات العقود الدولية، وعلاقات التجارة الدولية عموماً لم يعد حكراً على الدولة وقضائها النظامي، بل أصبحت تلك المنازعات توكل إلى التحكيم الدولي المحرر من أي سلطان وطني، والفقه هو الآخر يقرر بحق أن مستقبل العقد الدولي بدون قانون يكون من غير جدال في العدالة الخاصة أي في التحكيم [5].

وللتعرف على حقيقة دور التحكيم في بلورة قواعد موضوعية لتدويل العقد الدولي نقترح التعرض لهذا الموضوع من خلال هذا المبحث إلى كل من: التحكيم الدولي وطبيعته وهذا في مطلب أول، ثم التحكيم مع التفويض بالصلح وغياب قانون العقد في مطلب ثاني، وفي مطلب ثالث وأخير نبحث تدويل التحكيم الدولي لمنازعات التجارة الدولية.

المطلب الأول: التحكيم الدولي وطبيعته:

نشير بداية إلى أن المتعاملين الدوليين قد بدأوا في تجسيد فكرة التحكيم بإدماج نصوص متعلقة به في القوانين الداخلية بحيث بدأ ذلك بتنظيم طرق الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً للقوانين الوطنية، ثم عملت

---

[1] : أنظر د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 118 وما يليها.

[2] : أنظر مقالة لأستاذي الطيب زروتي، منشورة في المجلة الجزائرية جزء رقم 03، مشار إليها سابقاً 136.

[3] : مرجع سابق، ص 138.

[4] : أنظر، د. قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات للطبعة الثانية 2006، ص 215 وما يليها، وقريب من ذلك ، د.عمر سعد الله، القانون الدولي للحدود، الجزء الأول، مفهوم الحدود الدولية،، ديوان المطبوعات الجامعية 2003، ص 144 وما بعدها.

[5] : أنظر د.عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مرجع سابق، ص 203، 204 .

الدول على تنظيم الحالات التي يريد فيها الأشخاص ذوي الجنسيات المختلفة المطالبة بالإعتراف وبتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من طرف السلطات، وكانت إتافقية جنيف سنة 1923 و1927 تهدف إلى تحقيق ذلك الغرض[1]، والجدير بالذكر أن التفكير في إيجاد حل محايد للنزاعات الناشئة عن العقود الدولية لاسيما في شق الإستثمارات قد شهد إقتراحات بتطوير نظام محكمة العدل الدولية كي تصبح قادرة على فض مثل تلك النزاعات [2].

ومهما يكن فإن موضوع التحكم ومسائله المتشعبة يقتضي دراسة معمقة لكن ما يهمنا هنا هو الجانب المساهم في تدويل العقود الدولية لذلك نكتفي من خلال هذا المطلب إلى الإشارة إلى تعريف التحكيم وطبيعته في فرع أول ثم ذكر أسباب اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية في فرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وطبيعته:

أولاً: من حيث تعريف التحكيم:

يقول الأستاذ **روني دافيد** " René David" بأن التحكيم هو عبارة عن تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين –المحكم أو المحكمون- يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص ويحكمون بناءاً على ذلك الإتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة" [3].

أما الأستاذ الفرنسي Motulsky فيعرفه بأنه "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم إختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب إتفاق" [4]، ونلاحظ أن هذا التعريف يركز على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي.

ولقد عرفه الأستاذ Jean Robert بأنه "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة يتم وفق لها بسلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال".

وتعرفه الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد بأنه " نظام خاص للتقاضي ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي".

أما الدكتور عبد الكريم سلامة يعرفه على أنه "نظام قضائي يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى إتفاق أو شرط خاص مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل، بينهم بخصوص

[1]: أنظر في هذا كل من: د. مصطفى محمد جمال ود. عكاشة عبد العلي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية 1998، ص 208 وما يليها.

[2]: أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 219، وقريب من ذلك د.عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية 2005، ص 134 وما بعدها.

[3]: أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 223.

[4]: أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية 2004، ص 42، 43.

علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريقة التحكيم بإنزال حكم القانون عليها، وإصدار قرار قضائي ملزم لهم [1]".

والملاحظ أن التحكيم من حيث تعريفه لم يشغل بال الفقه فقط وإنما تصدت لذلك بعض التشريعات الوطنية [2] وجانب من الأحكام القضائية، فمثلاً تنص المادة 01/04 من قانون التحكيم المصري على أنه " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهم الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".

كما عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بكونه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائياً من شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" [3].

وليس هناك مانع في أن ننوه إلى أن التحكيم فيه أنواع كماله مرادفات تشابهه لكن الذي ساهم بقدر كبير في بلورة قواعد موضوعية هو التحكيم التجاري الدولي، وإن نعت التجارية لا يقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين التجارية بل يأخذ مفهوماً موسعاً يشمل كل العمليات ذات الطابع الإقتصادي [4] ويعرف ذلك- التحكيم التجاري الدولي- حسب ما ورد في نص المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الجديد الفرنسي على أنه " est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

وترجمة النص هي "يكون التحكيم التجاري دولياً عندما يكون موضوعه ذا علاقة بمصالح التجارة الدولية" [5].

ثانياً: من حيث طبيعة التحكيم:

نذكر بداية بأننا نكتفي هنا بإيراد الخطوط العريضة، وفي التفصيلات التي ليس هنا مجالها تحال إلى المؤلفات العامة والمتخصصة في موضوع التحكيم التجاري الدولي[6]، أما ما سنبينه من خلال هذه الدراسة هو التمهيد لفهم دور التحكيم عموماً في ظهور فكرة العقد الدولي الطليق، أي دور التحكيم في بلورة القواعد الخاصة بحكم العقود الدولية، لاسيما حين نشوء النزاع بين طرفين و طرحه على المحكم.

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 211.

[2] : لاحظ تلميح نص المادة 442 من ق.إ.م الجزائري.

[3] : حكم المحكمة الدستورية العليا 1994/12/17، منقول في مؤلف، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 41.

[4] : د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 223-224.

[5] : أنظر: د. طالب حسين موسى، مرجع سابق، ص 227، وكذلك د. عمر سعد الله حل النزاعات الدولية، مرجع سابق ، ص 130 وما بعدها.

[6] : لتفصيل أكثر في موضوع التحكيم لاسيما التجاري الدولي منه لاحظ مثلاً:

- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، طبعة 2006، خاصة ص 96 وما بعدها.
- د. عكاشة عبد العالي بالإشتراك مع د. مصطفى محمد الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق لاسيما الباب الثالث منه، ص 193 ومايليها.

إن طبيعة التحكم تتحدد من حيث:

من ناحية يلاحظ أن التحكيم هو نوع من القضاء الإتفاقي أو الإرادي [1]، ويؤكد الفقه دور الإرادة في مجال التحكيم فيقول الأستاذ F.KLEIN " لقد أصبح ثابتا أن للتحكيم في كل مكان نفس السمة الأساسية أنه وسيلة لحل المنازعات والناشئ عن إرادة الأطراف".

وإن إرادة الأطراف في التحكيم وحريتهم في إختيار ذلك يعتبر من أسباب اللجوء إلى هذه الآلية الخاصة في فض النزاعات لاسيما في مجال العلاقات التجارية الدولية، وتلك الحرية لا تتحقق له في ظل قضاء الدولة، ويمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الإتفاق على التحكيم ويستمر بعد صدور حكم التحكيم [2].

وإذاً فالتحكيم التجاري الدولي خصوصاً لا تتدخل السلطة العامة في تنظيمه، وإنما يلعب الأطراف دوراً كبيراً في ذلك التنظيم على أن هذا الإعتبار الأخير لا يقدح في أن المحكم يطبق إرادة القانون، وإن تعارضت مع إرادة الأطراف، وبالتالي فهو ذو طبيعة قضائية ظاهرة [3].

ومن **ناحية ثانية**: فإن من يتولى أو يتولون الفصل في المنازعات، هم أشخاص ذوي خبرة قانونية وفنية متميزة يختارهم الخصوم، إما في كل حالة على حدة وهذا هو التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة ad.hoc، ويلعب الخصوم في شأنه دوراً كبيراً حيث يحددون أشخاص المحكمين وإجراءات التحكيم، والقانون الذي يحكم موضوعه، وإما ضمن هيئة تحكيم دائمة [4] وهذا هو التحكيم النظامي –arbitrage institutionnel– وهو الأكثر ذيوعاً لما يقدمه من خبرة وثقة وتسهيلات للأطراف، حيث تكون لهيئات التحكيم لوائحها الخاصة وإجراءاتها التي ثبتت فاعليتها، ومحكميها ذوي الخبرة والسمعة الدولية [5].

ومن **ناحية ثالثة**: فإن اللجوء إلى التحكيم يتم بناء على إتفاق تحكيم convention arbitrale مكتوب[6] وله صورتان [7]:

الأولى: وهي شرط التحكيم clause compromissoire، وهو ما يجري العمل على تعريفه إتفاق مكتوب بين طرفين في عقد دولي يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعة التي يحتمل أن تنشأ عن ذلك العقد، أي هو إتفاق على اللجوء إلى التحكيم سابق على وقوع النزاع.

أما **الثانية**: فهي مشارطة التحكيم Le Compromis ، وهي أيضاً إتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوء النزاع يخضعون به هذا الأخير لقضاء التحكيم.

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة؟، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 211.

[2] : أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في نظرية التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 27.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 212، وقريب من ذلك د. عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 130 وما بعدها.

[4] : من تلك هيئات التحكيم المتخصصة في الفصل في المنازعات التي تثيرها أنواع معينة من عقود التجارة الدولية نذكر على سبيل المثال: غرفة تحكيم الصوف التي مقرها "جدنيا Gdinia" ببولوندا ، وغرفة تحكيم تجارة القطن ببولندا أيضاً، وغرفة تحكيم تجارة الحبوب لندن، غرفة الليودز للتحكيم البحري بها واللجنة الإسكندنافية للتحكيم في تجارة الجلود، وغرفة التحكيم البحري لدى غرفة التجارة بالإتحاد السوفييتي، تفصيلاً في هذا أنظر، أ. د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

[5] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 213.

[6] : ولقد إشترطت إتفاقية نيويورك لعام 1958 صراحة كتابة إتفاق التحكيم (المادة 02 منها) .

[7] : لمزيد من التفصيل حول تلك الصورتين راجع كل من: أ.د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 109 بالنسبة لإتفاق التحكيم، وص 199 بالنسبة لشرط التحكيم، كذلك د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.

وإذا كان السائد هو عدم التفرقة بين نوعي إتفاق التحكيم إلا أن تلك التفرقة تبدو ضرورية في مجال العقـــود الدولية لاسيما عند بحث مشكلة إسقلال هذا الإتفاق عن العقد المدرج فيه، أو المتعلق به كما سنرى لاحقاً.

على أنه مهما يكن من أمر، فإنه يترتب على وجود إتفاق أو شرط التحكيم أمرين هما:

الأول: سلبي: وهو إخراج المنازعة من إختصاص قضاء الدولة.

الثاني: إيجابي: وهو إخضاع تلك المنازعة لقضاء التحكيم الذي إرتضاه المتعاقدون، وتكون أحكامه وقراراتـــه بعيدة دوماً عن سيطرة القانون .

ومن **ناحية أخيرة** فإن الأصل الإتفـــاقي أو التعاقدي Origine contractuel للتحكيم لا يتضمن تقليلاً، لقدر قرار التحكيم وإحترامه، فالأصول الفنية، للتحكيم ونظامه، تبصر بأن إرادة الأطراف تعهد إلى المحكم بسلطة قضائية حقيقية، وليس بمهمة صلح أو توفيق [1].

وينبني على ذلك أن القرار الصادر هو قرار sentence قضائي كالحكم jugement يطبق قواعد القـــانون يتمتع بقوة وقيمة الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الدولة، يحـــوز حجية الأمـــر المقـــضي بـــــه وملـــزم للأطراف، ويتم الآمر بتنفيذه exequatur بنفس شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية العادية [2].

بعد أن عرجنا على تحديد طبيعة التحكيم، فإننا نود من خلال فرع ثاني الوقوف على الأسباب الجدية الـــتي دفعت المتعاملون الدوليون في مجال العلاقات التجارية الدولية إلى تفضيل أسلوب التحكيم لفض نزاعاتهم بدلاً من قضاء الدولة بالرغم من عراقة وإلزامية أحكام وقرارات هذا الأخير.

الفرع الثانـــي: أسباب اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية:

لقد كان من شأن زيادة المبادلات الإقتصادية وعمليات التجارة عبر الحـــدود وعـــدم ملاءمـــة التنظيمـــات القضائية، والقوانين الوضعية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، أن إتجه الفكر القانوني إلى البحث عن أداة فنيـــة متخصصة تقوم على الفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقانونها، فكان التحكيم التجاري الـــدولي l'arbitrage commercial international بديل ملائم لقضاء الدولة من جهة ومواكب لمستجدات التجارة الدولية من جهة أخرى [3].

و الملاحظ أن واقع العقود الدولية لا يكاد يخلو أحد تلك العقود من النص على شرط الإختصاص القـــضائي Clause de compétence juridictionnelle وجعله لصالح التحكيم [4].

وفي الحقيقة أن إستحواذ التحكيم على مختلف منازعات التجارية الدولية لم يكن من العدم وإنما كانت هنـــاك أسباب رجحت هذه الهيئة على قضاء الدولة، وتلك الأسباب نورد أهمها فيما يلي:

1/ خوف المستثمر الأجنبي من مساس الدولة بحياد قضائها:

---

[1] : لاحظ، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 214.

[2] : راجع: د. عكاشة محمد عبد العالي، بالإشتراك مع محمد مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 571 وما بعدها.

[3] : يقول في ذلك الأستاذ: "أيـــان باكـــستر" Arbitration Should be an alternative to Judgments of courts that administer Law and Practice that is based upon the realities of business and the usages of merchants engaged in international commerce"

[4] : أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 208.

على الرغم من أن الدولة في العقد الدولي هي مجرد طرف متعاقد مثلها مثل الطرف العادي الآخر، إلا أنها تظل دولة وإذاً هي في جميع الأحوال طرف غير عادي، من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها، والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد، الإخلال أيضاً بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشوئه التحكيم [1].

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة أياً ما كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد وإستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها، مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الحيوية للدولة [2].

ودرء ذلك الخطر في نظر البعض لن يكون إلا بسلب الإختصاص من قضاء الدولة ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم [3].

2/ خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

إن تمتع الدولة بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني، لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبالرغم من سعي الإتجاهات الحديثة إلى التقييد من الحصانات تلك على نحو يؤدي عدم إستفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفاً سيادياً ظهرت فيه كسلطة عامة [4] فإن ذلك لا يعني إنتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام بل يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا يكمن الخطر بالنسبة للمتعامل الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع أحد أشخاصها العامة فقد يؤدي ذلك إلى إهدار الحقوق الخاصة لذلك المتعاقد، لاسيما عند نشوء نزاع وعرضه أمام قضاء الدولة ومن هنا كان حرص المتعاملين الدوليون على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقد لتفادي الأخطار الناجمة عن طبيعة شخصية الطرف المتعامل والمتعاقدين معها [5].

وإن كانت هذه الأسباب التي تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة إلى التمسك بشرط التحكيم فإن هناك سبب يقوم في جانب الدولة ذاتها ويحفزها على قبول التحكيم والذي يعد بمثابة ضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار.

إن التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار، والتي نجد منها حاجة البلاد النامية للتنمية الإقتصادية والإستثمارات الأجنبية الخاصة وما تحمله من خبرة فنية وإدارية للإسهام في التنمية لتلك البلدان وهي بذلك تضمن للرأسمال الأجنبي وسائل يفترض فيها الحياد لفض النزاعات [6].

---

[1] : أنظر. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية دار النهضة ،2006 ص 106 و ما بعدها.

[2] : لاحظ: أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 32.

[3] : أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص215 وما بعدها.

[4] : سبق في عرض تحديد العقد الدولي التركيز على نقطة مهمة مفادها، أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الداخلي عند إبرامها لعقد دولي لا يظهر أنن في العلاقة التعاقدية بوصفها سلطة عامة داخلية أو دولية، راجع في هذا الفصل الأول من هذه الرسالة.

[5] : أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 33، 34.

[6] : د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 220.

وإن قبول الدولة بشرط التحكيم كان أمر أولي ثم وصل الحد إلى أن تضمن قوانينها الصادرة عنها لتشجيع الإستثمار وذلك بنصوص صريحة، ولقد ساير المشرع الجزائري هذا المنحى [1].

وفضلاً عن تلك الأسباب فإن التحكيم يتحرر إلى حد ما من القواعد الجامدة، ولا نجاوز الحقيقة إذا قلنا القواعد البدائية Archaiques في القوانين الوطنية فإن الأمل معقود عليه في إيجاد الحلول الملائمة لمنازعات العقود الدولية الحديثة كعقود التوريد والمصانع جاهزة التسليم، وعقود المفتاح في اليد وعقود نقل التكنولوجيا، وهي عقود طويلة الأجل تلازمها مشكلات لا تسعف القوانين الوطنية في شأنها [2].

هذا وليست تلك هي الأسباب الوحيدة التي شجعت على اللجوء إلى التحكيم، بل هناك أسباب أخرى يمكن الإشارة إلى البعض منها:

سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم بدلاً من تلك المعقدة المعهودة أمام القضاء الوطني، سرية قضاء التحكيم، أيضاً حرية الأطراف في ظل قضاء التحكيم، ناهيك عن الطبيعة المختلفة للعدالة التي يقدمها التحكم [3].

الفرع الثالث: إعتماد مبدأ إستقلالية شرط التحكيم:

نشير بداية إلى أنه إذا كانت التفرقة بين نوعي إتفاق التحكيم- شرط التحكيم Clause Compromissoire ومشارطة التحكيم Le compromis- أمر غير معهود وسائد، إلا أن تلك التفرقة تبدو ضرورية في مجال العقود الدولية، لاسيما عند بحث مشكلة إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المدرج فيه أو المتعلق به [4]، ولهذا الغرض لا غير فضلت دراسة شرط التحكيم.

فخلافاً لما كان مقررا سابقاً من تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي من حيث الصحة والآثار فقد إعتمدت في القانون المقارن جل الأنظمة القانونية مبدأ إستقلالية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم بحيث أصبح الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي، الذي تقرر التحكيم بسببه وذلك بالنسبة لصحته وآثاره وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق عليه[5].

هذا ولقد أقرت هذه الإستقلالية التشريعات الوطنية[6] بما فيها القانون الجزائري، بحيث جاء في المادة 448 مكرر 1 الفقرة الثالثة من قانون الأجراءات المدنية المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/04/25

---

[1]: الملاحظ أن القانون الجزائري وبموجب المادة 3/442 من ق.إ.م كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، إلا أنه من حيث التطبيق وما جرى به العمل يلاحظ أن الدولة الجزائرية عملت إلى القبول بمبدأ التحكيم الدولي في الكثير من معاملاتها الخاصة الدولية من ذلك الإتفاق المبروم بينها وفرنسا في 1963/05/26 فضلاً عن ذلك فإن المشرع عدل نص المادة 442 بموجب المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/4/25 ليسمح بذلك للدولة والأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام باللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية، تفصيلاً حول هذا الموضوع راجع: مقالة لأستاذي زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية جزء 35 رقم 01 مشار إليها سابقاً ص 96 وما بعدها، وكذلك رسالته المشار إليها سابقاً، ج2، ص 416، 418 وما بعدها.

[2]: أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 209، 210.

[3]: أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 11 وما يليها.

[4]: أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 214.

[5]: لاحظ: مقالة د. زروتي الطيب، منشورة في المجلة الجزائرية، جزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً، ص 138.

[6]: مثلاً المادتان 1446و 1495 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، المعدل في 1981/05/12، ولقد سبق القضاء الفرنسي إلى إقرار هذا المبدأ، نقض مدني في 1963/05/07.

أن إتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها أمام القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره وأما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الجزائري، وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة بأنه لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح.

ويترتب على إعتماد مبدأ الإستقلالية النتائج التالية [1]:

1. إعطاء شرط التحكيم الدولي مفهوماً موحداً في منازعات التجارة الدولية من حيث نطاقه وآثاره مما ينبني عليه أن يصبح قرار التحكيم الصادر بموجبه قراراً طليقاً عن أي نظام قانوني وضعي.
2. عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي وجوداً وعدماً، ولو كان هذا الأخير باطلاً فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فيه، والعكس صحيح أيضاً، وهذا ما يسمى إختصاص الإختصاص، أما إذا كان إتفاق التحكيم باطلاً فيجوز للقضاء العادي أن يفصل في النزاع.
3. إن شرط التحكيم أخذ على أنه قرينة على دولية المنازعة المتعلق بها من حيث إرتباطها بمصالح التجارة الدولية[2].
4. ليس من الضروري أن يكون القانون المطبق على العقد هو نفسه الذي يخضع له شرط التحكيم وقد أوضحت المادة 458 مكرر واحد "1" الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ذلك صراحة.
5. إن شرط التحكيم بمواصفاته السابقة أصبح يشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي وقانون التجارة الدولية ومن ثم فلا يخضع لنظام الإسناد.

ومن هذا كله نجد أن تخصيص فرع لشرط التحكيم وإستقلاليته له ما يبرره في هذا البحث حتى ندرك فعلاً أن لهذا الشرط دور مهم مادام يشكل في حد ذاته قاعدة مادية، وإذاً هو والجهاز الذي يفصل فيه–التحكيم– يساهم في بلورة قواعد موضوعية خاصة تساند فكرة التدويل وتهدف لحكم العقد الدولي.

المطلب الثانـي: التحكيم مع التفويض بالصلح وغياب قانون العقد:

إن التحكيم كما سبق بيانه هو نوع من القضاء الخاص، والمحكم يصدر حكماً فاصلاً في النزاع، قابلاً للتنفيذ مثله في ذلك مثل الحكم القضائي، غير أنه يتعين في هذا الصدد مع ذلك التمييز بين نوعين من التحكيم بحسب مدى الصلاحية المخولة للمحكم في تقييم الإدعاءات المتبادلة بين الطرفين وصولاً إلى الحكم المنشود، وما إذا كان عليه أن يلتزم في هذا التقييم، بمعيار موضوعي قوامه أحكام القانون كما هو الحال بالنسبة للقاضي، أو ما إن كان له أن يجري هذا التقييم بمعيار شخصي قوامه تقديره الذاتي لمدى عدالة الإدعاءات المطروحة عليه [3].

---

[1]: تفصيلاً في هذا راجع كل من: مقالة الأستاذ د.زروتي الطيب مشار إليها سابقاً، ص 139، وكذلك قريب من ذلك، أ. د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها.

[2]: راجع في العلاقة بين شرط التحكيم وتعريف العقد الدولي: رسالة أستاذي، د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ج1، ص 475.

[3]: أنظر مؤلف كل من عكاشة محمد عبد العالي بالإشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 107.

وإذاً فليس التحكيم وفقاً للقانون Arbitrage de droit، أو التحكيم العادي هو الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات عن طريقها بقرار قضائي ملزم خارج دائرة قضاء الدولة [1] وهنا تلتزم هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم، والأصل في التحكيم هو أن يكون قانونياً ويترتب على ذلك أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقاً للقانون وإلا عدت مغتصبة لسلطة الفصل في النزاع كمحكم مصالح وهو الأمر الذي لا يجوز إلا بناء على إتفاق صريح من الأطراف [2]، لذلك يوجد التحكيم مع التفويض بالصلح l'amiable composition أو ما يسمى أحياناً بتحكيم العدالة، Arbitrage d'équité وفيه يفصل المحكم في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف [3] فما طبيعة هذا التحكيم ودوره في تدويل العقد الدولي؟ أي مساهمته في بلورة قواعد أكثر ملاءمة لحكم هذا الأخير؟ هذا ما نحاول معرفته خلال هذا المطلب بحيث أخصص فرعا إلى التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعته، ثم في فرع ثاني إلى دور التحكيم مع التفويض بالصلح في تحرير العقد الدولي من القانون.

الفرع الأول: التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعته:

أولاً: تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح والإعتراف به:

قد يرتضي الطرفان تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة، وصولاً إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهما، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع والتي يلتزم القاضي تطبيقها فيما لو عرض عليه النزاع، وفي هذه الحالة يعرض كل من الطرفين طلباته أمام المحكم لكنه في الوقت ذاته يفوض المحكم في وزنها ليس فقط بميزان القانون، وإنما كذلك بميزان العدالة وما تقتضيه ظروف النزاع، ومع ذلك يكون حكمه ملزما للأطراف، ولا يمكن لأحدهما التنصل منه بحجة مخالفته لأحكام القانون [4]هذا هو التحكيم بالصلح [5] سمي كذلك تعبيراً عن الوظيفة المزدوجة التي يؤديها التحكيم.

وترى أ. **حفيظة السيد الحداد** أن التحكيم بالصلح هو ذلك التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية [6].

ويعرف الفقيه: Bernard التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه نظام قضائي خاص، أو نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى إتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو

---

[1] : أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 234.

[2] : أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 92.

[3] : لاحظ مؤلف كل من د. عكاشة عبد العالي بالإشتراك مع مصطفى محمد جمال، مرجع سابق، ص 108، 109.

[4] : أنظر المرجع السابق، ص 109.

[5] : ويسمى في القانون اللبناني بالتحكيم المطلق لاحظ المواد 775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية.

[6] : راجع، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 92.

نشأت بالفعل بينهم [1]، في خصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون وإصدار حكم قضائي ملزم لهم، ويساند د.أحمد عبد الكريم سلامة هذا المفهوم [2].

والملاحظ أن هذا النوع من التحكيم إعترفت به ونصت عليه القوانين الوطنية، إضافة إلى التحكيم بالقانون فعلى سبيل المثال نصت عليه المادة 39 فقرة 4 [3] من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 كذلك تنص المادة 1474 والمادة 1479 من قانون المرافعات الفرنسي على آلية التحكيم بالصلح كما نصت المواد 775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على التحكيم المطلق أي بالصلح.

والمشرع الجزائري هو الآخر أقر هذا النوع من التحكيم في مادته 458 لاسيما المادة 458 مكرر 14 و المادة 458 مكرر 15 منها حيث أعطت الفقرة 15 من نفس المادة لهيئة التحكيم صلاحية الفصل كمفوض إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة[4].

هذا فضلاً على أن المعاهدات الدولية هي الأخرى تنص على هذا النوع من التحكيم في منازعات العقود الدولية[5].

والملاحظ من خلال كل هذا أن إعتبار التحكيم بالصلح على هذا النحو هو أساساً مسلك التشريعات اللاتينية، عكس القوانين الأنجلوساكسونية[6]، وإذاً فإن مثل هذا التحكيم الذي فيه منح واسع للسلطة التقديرية للمحكم، إذ لا يقيده في ذلك إلا قواعد العدالة والإنصاف وهما في نفس الوقت بمفهوم فضفاض، فإنه بهذا يساهم وبقدر كبير ليس فقط لإيجاد قواعد موضوعية، وإنما في تحرير العقد أصلاً من القانون وجعله بمنأى عنه.

ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم مع التفويض بالصلح:

وإن كان التحكيم مع التفويض بالصلح لا يفترق عن التحكيم العادي من حيث الطبيعة القانونية في كون كلاهما قضاء juridiction، ويصدر قرار La sentence ويسمى أيضاً jugement ملزماً للأطراف وحائز لحجية الأمر المقضي به، إلا أنه مع ذلك يوجد إختلاف بينهما في السلطة Le Pouvoir المخولة للمحكم [7]، إذ يكون في حل من القانون حيث يستطيع الفصل في التراع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف والعادات والأعراف السائدة في وسط مهني معين، وبهذا يكون وسط العقود الدولية هو المجال الخصب لمثل هذا التحكيم.

---

[1] : من هذا التعريف يمكن أن يتم الإتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح سواء في شرط أو إتفاق Clause ou Convention d'arbitrage سابق على وقوع التراع أو ما يسمى عادة Clause Compromissoire أو في مشارطة تحكيم Compromis بعد نشأة التراع بالفعل، في هذا المعنى د. أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 236.

[2] : مرجع سابق، ص 236.

[3] : بحيث تنص هذه المادة على أنه " يجوز لهيئة التحكيم إذا إتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع التراع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

[4] : تفصيلاً في هذا أنظر مقالة د.زروتي الطيب، منشورة في المجلة الجزائرية، جزء 35 رقم 1، مشار إليها سابقاً، ص 97، 98.

[5] : مثلاً المادة 2/7 من الإتفاقية الأوروبية عام 1961 كذلك المادة 3/42 من إتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية المبرومة في 1965/03/18، وكذلك أجازت المادة 12 من لائحة غرفة التحكيم الفرنسية العربية إضافة إلى(م 4/13) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، راجع في هذا د. أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص 238.

[6] : أنظر: د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

[7] : أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 240.

ولعل السؤال المطروح هو هل في التحكيم بالصلح يتعلق الأمر بالتنازل عن تطبيق القانون؟ أم الأمـــر يتعلـــق بتنازل من نوع آخر؟

إن المتأمـــل في هـــذا النـــوع مـــن التحكيـــم يبصـــر بأن الأمـــر يتعلـــق بنوع مـــن التنازل عـــن حق renonciation à un droit، إلا أنه تنازل ذو طبيعة خاصة ومزدوجة [1].

فمن ناحية يلاحظ أن الأمر يتعلق بتنازل عن حق شخصي droit subjectif وهو الحق الذي يمنحه القانون للشخص في أن يقاضي أو يفصل في طلبه، مع توفير الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني، وفقاً لقواعد القانون الموضوعي، وهذا ما لا نلمسه في التحكيم بالصلح فهو إذاً تنازل عن حق، وإتفاقي فوق ذلك renonciation conventionnelle، يتم بتوافق إرادة الأطراف.

أما من ناحية ثانية: فإن التحكيم مـــع التفـــويض بالـــصلح يمكـــن إعتبـــاره تنـــازلاً عـــن الإســـتئناف Une renonciation à l'appel لدى النظم التي تجيز الطعن في أحكام المحكمين بالإستئناف [2].

وتبرير ذلك أن الإستئناف يجعل شرط التفويض بالصلح غير ذي مفعول، لاسيما وأن محكمة الإســـتئناف لا تحكم إلا وفقاً لقواعد القانون [3].

ولهذا فإن التنازل هنا ليس فقط عن الحق الشخصي في حماية القانون للأطراف بل كـــذلك عـــن الحـــق في استئناف قرارات التحكيم الصادرة [4].

هذا ويؤكد الفقه الراجح إعتبار التحكيم مع التفويض بالصلح نوع من التنـــازل التبعـــي renonciation accessoire، وبناءاً على ذلك المفهوم للتحكيم بالصلح يتضح من غير إبهام أن العقد الذي يحال النزاع بـــصدده إلى هيئة تحكيم مفوضة بالصلح، هو عقد لا تسري عليه قواعد القانون الموضوعي وأحكامه، أي هو عقد طليق أو حر، وإنما تسري عليه فقط بعض القواعد الذاتية التي تلائمه، وهي قواعد خارج قانون الدولـــة règles extra-etatiques [5]، وفي هذا كما هو بديهي ترويج واضح لفكرة تدويل العقد الدولي وإفلاته من حكـــم وســـلطان القانون الوطني.

الفرع الثانـــي: التحكيم مع التفويض بالصلح وتحرير العقد الدولي من القانون الوضعي:

أود من خلال هذا الفرع أن أوضح حقيقة مساهمة التحكيم عموماً وهذا النوع منه خصوصاً في المـــساهمة في مسألة التدويل، وذلك من خلال مسألتين على التوالي:

---

[1] : د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

[2] : لاحظ تفصيلاً في هذا، د.عكاشة محمد عبد العالي بالإشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 113.

[3] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 244.

[4] : وقد يدعم هذا قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981 في المادة 1482 منه وإن كان قد أجاز للأطراف الإتفاق على الطعن وذلك في وثيقة التحكيم.

[5] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 245.

أولاً: المحكم بالصلح وإستبعاد تطبيق القانون:

إن أهم خاصية يتميز بها التحكيم بالصلح عن التحكيم لاسيما العادي منه هي كون المحكم في النوع الأول لا يكون ملزما بإعمال حكم القانون على المنازعة المختص بالفصل فيها، فهو يكون في حل من تطبيق أي قانون وضعي، وهذا ما يفهم صراحة من النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من التحكيم [1].

ولما كان هذا النوع من القضاء بهذا الشكل أليس هو الأمثل والملائم الذي تتحقق في دائرته فكرة العقد الدولي الطليق أو على الأقل المستبعد لحكم القانون فيه؟ نعم، إن البديهي من التحكيم بالصلح هو أنه يفتح ثغرة في جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية ومن خلالها تروج فكرة التدويل، بل يزداد نجم العقد الحر الذي يستمد القوة من ذاته، ومن إرادة المحكم من العقد لأن " التحكيم بالصلح يقود المحكمين إلى إستبعاد تطبيق القوانين الوطنية لكي يرجع على نحو مانع إلى الإشتراطات التعاقدية وعادات المهنة، وهذا ما أكده الفقيه Fouchard وكذلك من إرادة المحكم لأنه عندما يكون المحكم مفوضاً بالصلح، فهو لا يكون ملزما بتطبيق القواعد القانونية، وإذا قرر عند وجود المنازعة إعتبار العقد صحيح، فإن إرادته تكون هي أصل القوة الملزمة للإتفاق [2].

وإن محتوى هذا النوع من التحكيم لقي تجسيداً في واقع العقود الدولية فلقد جاء بإحدى العقود الدولية المبرمة بين مشتري مغربي وبائع من أحد الدول الأوروبية (البند 12 من العقد) أنه " يجب على محكمة التحكيم أن تقضي كمفوضة بالصلح، ولا تكون ملزمة بتطبيق لا تشريع البائع ولا تشريع المغرب"، وعقد كهذا من البديهي جداً أنه خارج عن حكم كل القوانين التي هي على صلة به.

ولقد عبر البعض من الفقه على رأسهم الفقيهين Bredin و Lousouarn بأنه " إذا كان يبدو مستحيلاً من الناحية القانونية، أن عقداً يمكن أن ينتزع من كل تشريع وضعي فإن الرجوع أو الإلتجاء إلى محاكم التحكيم التي تقضي كمفوضة بالصلح يظل مؤدياً إلى نتائج معادلة من الناحية العملية". أي إلى خروج وإفلات العقد من حكم كل قانون أو تشريع وضعي وتلك نتيجة طبيعية لتحلل المحكم المفوض بالصلح من إعمال حكم القانون والإسناد في قضائه إلى فكرة العدالة، وقواعد الأعراف والعادات السائدة في الأوساط المهنية [3]، وإن كان هذا الحكم يساهم في تجريد العقد من حكم القانون ومن ثم دعم فكرة التدويل فإنه يدعم بشكل مباشرة فكرة كفاية العقد الدولي ذاته بنفسه.

ثانياً: المحكم بالصلح وحقيقة النظام القانوني للعقد:

من المؤكد سابقاً أن التحكيم بالصلح يقتضي رجوع المحكم إلى قواعد العدالة، ومبادئ الإنصاف ومن المفروغ منه عند الجميع أن هاتين الفكرتين يكتنفها الغموض الكبير، لذلك الفقه ولاسيما المؤيد لعملية تدويل العقد الدولي يرى أن الرجوع إلى العدالة، يعني في جانب كبير منه، الرجوع إلى عادات التجارة الدولية وسائر

---

[1]: مثلاً المادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، المادة 506 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968...إلخ، تفصيلاً في هذا راجع، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص 92، 93.

[2]: أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 246، 247.

[3]: أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 249.

القواعد التي تشكل القانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية أو ما يسمى La lex mercatoria [1]، وبهـذا فإن هذا النوع من التحكيم ليس فقط يبلور قواعد موضوعية وإنما يعمل على تطبيقها على إفتـراض أنهـا فعـلاً موجودة وجاهزة، وهذا حسب نظري هو قمة المغالاة في إعتبار بل مجرد تصور ذلك النظام قد وجد أو على الأقل هو موجود بشكل كافي لحكم منازعات التجارة الدولية.

لذلك نتسائل عن معنى العدالة التي تحيل إلى مجموعة القواعد القانونية المشتملة على عادات وأعراف أنـشأتها الأوساط المعنية، وإذاً فليس مانعاً من أن نقول أن العقد الدولي قد فلت من القانون وقد يفلت من قواعد النظـام الجديد، وإن ظل خاضعاً لقواعد قانونية مصدرها عادات وأعراف التجارة الدولية، والقواعد المادية ذات النـشأة التلقائية، والذي ساهم التحكيم مع التفويض بالصبح في قبولها وملاءمتها للعقود الدولية.

المطلب الثالث: تدويل التحكيم الدولي لمنازعات التجارة الدولية:

إن النتيجة التي لا يثار حولها جدال بل أصبحت حتمية هي تعزيز دور التحكيم التجاري حديثاً بـل أصـبح جهة قضائية ليس فقط موازية للقضاء وإنما منافسة له وحتى المفضلة في تسوية منازعات التجارة الدولية، ومما سبق أدركنا فعلاً أن هذا الجهاز أصبح الأكثر ملاءمة لحكم منازعات العقود الدولية لاسيما وأنه يسعى لتدويل تلـك الأخيرة، تدويلاً شاملاً لكل من موضوع النزاع وإجراءاتها –المنازعة– وقبل تفصيل هذا لابأس أن نشير ولو بإيجاز وبعد أن أشرنا سابقاً إلى التحكيم التجاري الدولي من حيث مفهومه، إلى التميز بين هذا الأخير وغيره من أنـواع التحكيم الأخرى.

إن ما يستخدم من عبارات عادة للتمييـز بـين ذلـك هـي تحكـيم وطـني يقابـل تحكـيم أجـنبي ARB.international، ولا صعوبة في تحديد مفهوم التحكيم الوطني أو الداخلي لأنه هو التحكيم الذي تتركز عناصره في دولة معينة [2] وفي المقابل يكون التحكيم أجنبي إذا كان مرتبطاً في أحد عناصره أو أكثر بأكثر من نظام قانوني، ومن ثم يصبح التحكيم الوطني تحيكماً أجنبياً إذا أريد تنفيذه أو الإحتجاج به في دولة أخرى[3].

أما دولية التحكيم فهي ذات بعدين: جغرافي وتعني الأجنبي بالمقارنة بالتحكيم الداخلي، وبعد قانوني بوصف النظام القانوني المطبق عليه، مزيج من أحكام قانونية مختلفة تشكل في مجموعها ما يطلق عليه القـانون الطبيعـي الحديث droit naturel moderne أو القانون الخالص droit pur [4].

وعلى هذا الأساس يصبح التحكيم دولياً بحسب إجراءاته، أو بحسب موضوعه، ومن ثم تصبح دولية العقـد ودولية التحكيم وكأنها مرادفتان لمبدأ الإستقلالية المطلق، كلاهما يخضعان لنظام قانوني يختلف عن الأنظمة القانونية

---

[1] : راجع في هذا، المبحث الثاني من الفصل الثاني لهذه الرسالة.

[2] : والعناصر المقصودة هي نوع النزاع، جنسية وموطن وإقامة كل من الأطراف والمحكم، مكان مباشرة التحكيم، القانون واجب التطبيق، تفصيلاً في هذا راجع، مقالـة د. الطيـب زروتي، منشورة في المجلة الجزائرية جزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً ص 139.

[3] : أنظر المرجع السابق، ص 140، وفي نفس المعنى كل من أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سـابق، ص 94 ومـا يليهـا، كذلك د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 224 و ما يليها..

[4] : أنظر في ذلك رسالة أستاذي د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً، ج2 ص 367، وقريب من ذلك د. عكاشة عبد العالي بالإشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجـع سـابق، ص 99 وما بعدها.

الوطنية، هذا القانون يوصف بأنه سابق droit transnational يعلو على القوانين الوطنية droit supranational [1].

تلك هي الحجة القانونية التي إستند إليها أنصار تدويل التجارة الدولية لإستقلال التحكيم التجاري الدولي وإتخذوا منه أساسا لتدويل كل من موضوع وإجراءات هذه الأخيرة، وهذا ما نكشفه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تدويل إجرءات المنازعة:

إن الأطراف في تحكيم الحالات الخاصة يباشرون إدارة التحكيم بأنفسهم، فيتولون تعيين المحكمين وتحديد القانون الإجرائي الذي يطبقه المحكمون، لكن الملاحظ أن ذلك التحديد ينصب على الأسس العامة التي تحكم المنازعة، أما التفاصيل فليس بوسعهم الإحاطة بها منذ الوهلة الأولى، وهذا ما يدفعهم إضطراراً إلى إناطة الإختصاص لقانون معين، وعادة ما يكون هو قانون محل مباشرة التحكيم، أو يعتدون بما يجري به العمل أمام هيئات التحكيم النظامية [2].

أو يفوضون للمحكم إختيار القواعد المناسبة مما يجعله في حل من تطبيق القانون الإجرائي الداخلي لدولة معينة [3].

أما في التحكيم النظامي ARB/institutionnelle فإن أطراف النزاع يفوضون الأمر لهيئة التحكيم المعنية لتطبيق ما تراه مناسبا حسب ظروف المهنة ولائحتها الداخلية، وما تراه متماشياً مع أعراف وعادات التجارة الدولية.

ولو ضربنا مثالا على ذلك لأشرنا إلى ما يجري به العمل أمام هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بحيث يتعين تطبيق القواعد الإجرائية السائدة لدى هذه الغرفة (المادة 13 من قواعد التوفيق والتحكيم التي وضعتها هذه الغرفة سنة 1955، المادة 11 من القواعد الجديدة السارية منذ 1975) معتبرة أن لجوء الأطراف للتقاضي أمامها يفيد قبولهم مبدئياً إجراءاتها وقواعدها.

ومن البديهي أن التحكيم مع التفويض بالصلح [4] لا يطرح المشكل إذ أن المحكم هنا ليس ملزما لإعمال حكم القانون في المنازعة المختص بالنظر والفصل فيها، لأن عادات وأعراف التجارة الدولية وكما سبق بيانه نجد تطبيقاً لها في ظل هذا التحكيم، لأن المحكم يبني قراره على أفكار مجردة معترف بها عالمياً ولا يتخذ موقفاً معيناً من قانون محدد سواء كان مختصاً أو غير مختص [5].

---

[1]: راجع مقالة د. زروتي الطيب مشار إليها سابقاً ص 140.

[2]: من بين أهم المؤسسات التحكيمية في العالم نذكر:
- محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس Arbitration Court of ICC.
- محكمة التحكيم الدولي في لندن London Court of international Arbitration (LCIA)
- المركز التحكيمي للغرفة التجارية الإقتصادية في فيينا: The Arbitral Center of Federal economic Chamber...إلخ، راجع في هذا بالتفصيل أ.د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

[3]: لاحظ مقالة: الدكتور زروتي الطيب، منشورة في المجلة الجزائرية جزء 36، رقم 03، مرجع سابق ص 141.

[4]: لاحظ مثلاً: المادة 458 مكرر 15 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/04/25.

[5]: لتفصيل حول هذا الموضوع راجع، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع اسبق، ص 234 وما يليها.

ومما سبق يتضح أن قضاء التحكيم الدولي ومهما كانت طبيعته يسعى لتحقيق وحـــدة قانونيـــة وقـــضائية لمنازعات التجارة الدولية، وما تبنيه لقواعد إجرائية موحدة أو متشابهة إلا تعبيراً عن البيئة المـــستقلة والظـــروف المحيطة به ونزوعه إلى الإستقلال الكامل عن القضاء العادي والعيش في الظل بعيد عن الأضواء كما يقال عنه [1].

الفرع الثانـــي: تدويل قواعد الموضوع:

إن القاعدة الفقهية تقضي أن من يختار القاضي يختار قانونه وعلى ذلك فإن اللجـــوء إلى قـــضاء التحكـــيم التجاري الدولي قرينة على إختيار تطبيق القواعد السارية والمتعارف عليها فيه، والتي تكون في مجموعهـــا نظامـــاً قانونياً مستقلا عن نظم القوانين الداخلية، ومهما كانت التسمية المطلقة على هذا النظام فإنه نظام خاص بـــالعقود الدولية حسب تعريفها المتعارف عليه فقهاً وقضاءًا [2]، وهو نظام متشكل من مجموعة من النظم المـــستقر عليهـــا العمل في الأوساط المهنية التجارية كالعقود النموذجية، الصيغ العامة، وقواعد المصطلحات التجارية "الأنكوترمز" التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، والعادات التي أرستها المنظمات المتخصصة، والأعراف المتداولـــة في التجـــارة الدولية ملحقاً بها المبادئ التي أقرها القضاء الداخلي لبعض الدول ومبادئ القانون العامة ومبادئ العدالة[3].

وليس لنا في هذا المجال إلا أن نؤكد على الدور الفعال الذي لعبه التحكيم في مجال منازعات التجارة الدوليـــة وهو بذلك أعتبر من الهيئات والعوامل التي تآزرت فيما بينها لتدويل العقد الدولي، من جهـــة وتـــشكيل قـــانون التجارة الدولية بوصفه النظام القانوني المادي المفضل لدى التحكيم التجاري الدولي للتطبيق على العقود الدوليـــة.

ولا بأس أن نشير في النهاية إلى الخصائص التي يتصف بها هذا النظام الجديد [4]:

1/ إنه لا زال قانون طائفياً منذ نشأته في القرون الوسطى إلى اليوم مع تغير كمي ونوعي لحجم الطائفة من فئـــة قليلة من التجار إلى كتلة دولية تتحكم في مقاليد التجارة الدولية في الوقت الحاضر.

2/ إنه قانون تلقائي النشأة متمرد بطبيعته عن القوالب والشكليات التي يمر بها القانون حتى يكتسب صفته تلك.

3/ إنه قانون فرض نفسه بفضل جهود مناصريه الدوليين الذين يسعون مغالاة له ليس لمنافسة القوانين الوطنيـــة فحسب وإنما لإقصائها نهائياً وإبعادها عن العقود الدولية.

4/ إنه قانون يقدم الحل الموضوعي مباشرة لحل النزاع بما يتضمنه من أعراف وعادات ونماذج عقديـــة وحلـــول عملية أرساها التحكيم التجاري الدولي والقضاء الداخلي لبعض الدول، مما يترتب عليه أن أصبح في غنى عن نظام الإسناد المقرر في القوانين الوطنية بكل ميكانيزماته العريقة.

---

[1] : لاحظ مقالة د.زروتي الطيب منشورة في المجلة الجزائرية جزء 36 رقم 03 مشار إليها سابقاً ص 141-142.

[2] : لمعرفة تفاصيل أكثر حول تحليل الإتجاهات المختلفة لتعريف العقود الدولية راجع رسالة، د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً، ج1 ص 10 وما بعدها.

[3] : وإن كانت كل مبادئ العدالة والمبادئ العامة للقانون وبحكم طابعها الغامض تثير جدلا فقهيا حول مدى إعتباره مصدرا لقانون التجارة الدولية من عدمه، لتفصيل أكثر راجـــع، د.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 287 وما بعدها..

[4] : لاحظ مقالة لـــ:د. الطيب زروتي، منشورة في المجلة الجزائرية، الجزء 36، رقم 03، مشار إليها سابقاً، ص 143، 144.

5/ إنه نظام قانوني يتطلب في المقابل نظاما قضائيا مستقلاً عن قضاء العدالة الصماء –قضاء الدولة– كي يحقق أهدافه، وكان قضاء التحكيم التجاري الدولي المنسجم معه الهيئة الأكثر ملاءمة لتحقيق ما يصبو إليه.

تلك هي أهم الخصائص التي إتصف بها النظام القانوني المادي، ولكن السؤال المطروح بعد هذا العرض هو هل فعلاً القواعد الموضوعية تلك تشكل نظاما قانونيا. ومستقلا بمعنى الكلمة؟ وإن كانت الأجابة بنعم فما مدى عدالته بين مختلف المتعاملين الدوليين لاسيما منهم الدول النامية، بمعنى هل وجد ليقبل أم ليفرض؟.

المبحث الرابع: مدى تشكيل القواعد الموضوعية لنظام قانوني مستقل وعادل:

إن التعبير المشهور Lex Mercatoria أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية، قد إكتسب مفهوماً فنياً ورسخ في الفكر القانوني كمجموعة من القواعد الذاتية التي تقدم حلولاً مباشرة لمشكلات العلاقات التعاقدية العابرة للحدود[1].

وبغض النظر عن مكونات هذا القانون، فإن الفقه قد جرى على القول إجمالاً بأن الأمر يتعلق بقواعد قانونية Normes Juridiques، بإعتبار توفر الخصائص العامة للقاعدة القانونية فيها وينبني على ذلك أن مجموع تلك القواعد الذاتية للتجارة الدولية يمكن أن يشكل نظاماً قانونياً système juridique موازياً للنظام القانوني الذي تضعه الدولة [2].

على أن قبول ذلك التكييف للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، يتوقف على مدى إمكان الخروج عن مبدأ مانعية إختصاص الدولة بوضع القانون exclusivité de compétence étatique فضلاً عن ذلك فإن الإعتراف بإمكانية هذا الخروج يقتضي بالضرورة إلتزام الدقة القانونية عند تحديد الطبيعة القانونية لمكونات القانون الموضوعي، وهذا ما لم يتحقق، فالواقع أن أنصار هذا الأخير قد أطلقوا على كافة مصادره وروافده صفة القاعدة norme–règle– القانونية [3].

وإن فحص تلك المعطيات يقود في النهاية إلى تحديد النظام القانوني للقواعد الموضوعية، والذي نستطيع أن نتبين معالمه في كل من النظام القانوني بوجه عام (مطلب أول) ثم مدى الإعتراف بالصفة القانونية للقواعد الموضوعية (مطلب ثاني) ثم نشير في مطلب أخير إلى طبيعة ذلك التدويل هل هو مقبول تلقائياً أم مفروض.

المطلب الأول: النظام القانوني بوجه عام:

أود من خلال هذا المطلب أن أعطي لمحة حول المفهوم الدقيق للنظام القانوني بوجه عام سواء من حيث تعريفه (فرع أول) وكذلك تبين فكرة إحتكار الدولة لصنع القانون (فرع ثاني) حتى أتبين بعد هذا التحديد مدى صدق إنطباق فكرة النظام القانوني على مجموع القواعد التي يقوم عليها القانون الجديد New law Merchant.

الفرع الأول: تعريف النظام القانوني للقواعد المادية:

---

[1] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 309.

[2] : مرجع سابق، ص 309.

[3] : المرجع السابق، ص 310، وفي نفس المعنى د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 96.

يعرف النظام القانوني L'ordre Juridique بأنه "نظام تدرجي لقواعد السلوك له صفة ملزمة" [1]، وكما يعرفه الأستاذ الإيطالي "كيرتي جيالدينو" Curti-Gialdino بأنه " مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مترابطة على نحو تدريجي وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الإجتماعية التي يجب أن تحكمها".

ويرى الأستاذ "ميشيل فيراللي" M.Virally بأنه هو " نظام تهذيب الروابط الإجتماعية يميزه ليس فقط وضع قواعد...ولكن أيضاً إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الإجتماعية ...أو حل المنازعات".

ولكن الملاحظ على تلك التعريفات تبدو أنها ناقصة، حيث أنها تركز من ناحية على مركبات النظام القانوني أو عناصره، وهي القواعد النظامية أو السلوكية، ومن ناحية ثانية أنها تركز على الطابع التدريجي لتلك القواعد وعلى وظيفتها من حيث تنظيم الروابط الإجتماعية وضبطها، وبهذا التحليل يبدو أن تلك الآراء قد أغفلت عن الجانب العضوي أو الخلاق في النظام القانوني وهو وجود هيئة متماسكة، لها سماتها الخاصة، وقدرتها على خلق القواعد السلوكية التي ركز عليها أنصار التعريفات السابقة فكما أن الإنسان جسد وروح، فالنظام القانوني هو الآخر هيكل ومضمون أي منظمة أو وحدة معينة تخلق قواعد تنظيمية [2].

ولعل تحليل الفقيه الإيطالي "سانتي رومانو" Santi Romano هو الأقرب إلى المنطق السليم فهو ينبه إلى الجانب العضوي للنظام القانوني ولهذا نجده يتكلم عن institution Juridique بدلاً من كلامه عن Ordre Juridique، فكلا الإصطلاحين يعنيان النظام القانوني ولكن الأول أشمل وأدق من الثاني.

فعنده تعتبر فكرة النظام القانوني فكرة مركبة لأن "القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم، بناء ، توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه والذي به يشكل وحدة أو كائن قائم بذاته [3].

وهذا يقود إلى القول بأن كل نظام قانوني يتكون من جانبين: **الأول**: جانب عضوي Aspect institutionnelle أو نظامي وهو وجود تنظيم لوحدة إجتماعية معينة، تنظيم له وجود حقيقي وملموس وهذا ما تطلق عليه Institution، أما **الجانب الآخر** فهو الجانب القاعدي Aspect normatif أي وجود القواعد القانونية[4].

والملاحظ في هذا هو أن الجانب الأول هو الأسبق في الوجود، بل يمكن القول بأنه الجانب العضوي أو التنظيم L'institution، هو القانون ذاته، بينما القواعد Les normes إ لا تعبيراً عنه.

---

[1]: عرفه بذلك الفقيه F.Rigaux، بحيث يقول عنه: l'Ordre Juridique est un Système Hiérarchisé de Règles de Conduite Ayant un Caractère "Obligatoire".

[2]: أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 312-313.

[3]: حيث يقول الفقيه: Santi Romano: "Le Droit Avant d'être Norme, Avant d'Avoir Trait à un ou Plusieurs Rapports Sociaux, est Organisation, Structure Attitude de la Société Meme dans la Quelle il est En vigueur et qui par lui s'érige en unité, en être existant par soi-meme"

[4]: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 314.

إذا كان هذا هو مفهوم النظام القانوني فإنه يمكن القول حسب الفقيه Batiffol بأن هذا الأخير يمكـــن أن يوجد في كل جماعة Collectivité، منظمة على نحو كافي، وتتوفر لها أجهزة تمارس سلطة معينة على أعـــضاء تلك الجماعة بصدد العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم [1]، وحتى ولو لم يتوفر لها وصف الدولة لأن هذه الأخـــيرة لا تحتكر صناعة القانون.

الفرع الثانـــي: عدم إحتكار الدولة لصناعة القانون:

إنه من الممكن إيجاد إلى جانب النظام القانوني الوطني، أكثر من نظام قانوني في الدولة الواحدة طالمـــا تـــوفر العنصران اللازمان لوجود أي نظام قانوني بصفة عامة: التنظيم L'institution، والقواعد Les normes ولكن يجمعها كلها النظام القانوني الوطني للدولة بالمقابل النظام القانوني الدولي.

فهناك أولاً: النظام القانوني للدولة، وهو الذي يوجد به التنظيم وهو الدولة ذاتهـــا، ويوجـــد بـــه القواعـــد السلوكية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة ، فإلى جانب هذا.

هناك ثانياً: الأنظمة القانونية المجاورة، فالدولة لا تحتكر صناعة القانون، فكل وحدة منظمة [2] يمكنـــها صـــنع القواعد القانونية، وكل ذلك على هامش قانون الدولة.

والملاحظ في تلك الأنظمة هو أن وجودها لا يرجع فقط إلى تسامح الدولة وعدم إحتكارها صنع القانون،بل لأن المجالات التي تهتم بها تلك الأنظمة قد أهملتها الدولة بالتنظيم، دون أن تدرك أن هناك أنظمة أخرى قد تبـــدو منافسة يمكن أن تكفل لها هذا التنظيم.

والسؤال المطروح بعد هذا كله هل تحققت تلك المعطيات بالنسبة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية بحيث يمكن أن تشكل نظاما قانونيا بالمعنى السالف بيانه، وبذلك يتأكد فعلاً إدعاء مؤيدي فكرة التدويل؟

سبق وأن أشرنا بأن النظام القانوني كي يكون يجب توافر كل من عنصر التنظيم وعنصر البناء وعليـــه فـــإن: رجال التجارة الدولية يكونون وحدة إجتماعية ذاتية، وإن ممارسي التجارة الدولية يظهرون في الحقيقة كوســـط ووحدة بقدر كافي.

وإذاً فالقانون الموضوعي للتجارة الدولية يشكل عموماً نظاماً قانونياً، بحيث إجتمعت له العناصـــر اللازمـــة والضرورية لذلك وهي: قواعد سلوكية يحترمها المخاطبين بها، قواعد القرارات يطبقها القاضي أو المحكم، وأجهزة إكراه تكفل فعالية النظام وضمان تجسيده فعلاً [3].

وعلى هذا يخلص غالب الفقهاء إلى القول أن مجموعة القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تشكل نظاما مستقلا للقواعد القانونية أو قانونا جديدا مستقلا، وهو نظام مشترك بين كل الدول التي تشارك في التجارة الدولية [4].

---

[1]: أنظر الفقيه Batiffol، مرجع سابق، ص 108.

[2]: من تلك الوحدات المنظمة نذكر: الجمعيات، النقابات، المشروعات فهذه الوحدات تضع تنظيمات آمرة وقواعد سلوكية لها خصائص القاعدة القانونية كإقترانها بجزاء يوقع علـــى مخالفتها، راجع تفصيلاً أكثر في هذا ، د.هشام الصادق، مرجع سابق، ص 778 وما بعدها.

[3]: أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 319 وما يليها.

[4]: لاحظ د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 97 وما يليها، وقريب من هذا المعنى كذلك أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبيـــة، مرجع سابق، ص 815 وما بعدها.

ولكن مهما يكن فإن هذا التأكيد يدعو لمناقشة مدى توفر الصفة القانونية لمختلف القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية أي هل كل قواعد، قانون التجارة الدولية تشكل قواعد قانونية بالمعنى الفني للكلمة؟ وهـذا مـا نبحثه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثانـي: مدى الإعتراف بالصفة القانونية لمجموع القواعد الموضوعية:

سبق وأن خلصنا إلى أن مجموع القواعد الموضوعية الخاصة بالعقود الدولية يتوفر لها صفة النظـام القـانوني Système juridique، وذلك بصفة إجمالية، ومقتضى هذا التكييف أن كل القواعد التي يقوم عليهـا قـانون التجارة بين الشعوب لها صفة القاعدة القانونية Règle de Droit بخصائصها المعروفة في النظرية العامة للقانون، وهذا ما إتجه إليه بالفعل جانب من الفقهاء.

لكن الملاحظ أن ذلك الإطلاق والتعميم في الحكم قد يبدو غير مقبول لاسـيما إذا أدركنـا أن بعـض مكونات، أو عناصر القانون الموضوعي للتجارة الدولية، لا يمكن أن ينطبق عليها وصف القاعدة القانونية العامـة المجردة المقترنة بجزاء يكفل إحترامها.

لبيان جوهر هذا الخلاف نخصص فرعا أولا لأوصاف القاعدة القانونية، ومدى توافرها في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، وفي فرع ثاني نشير للوضع القانوني لعادات التجارة الدولية.

الفرع الأول: أوصاف القاعدة القانونية:

القاعدة القانونية هي قاعدة عامة مجردة من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفـراد في المجتمع، ومصحوبة بجزاء يكفل إحترامها [1] توقعه السلطة المختصة عند الإقتضاء، والقاعدة القانونية بهذا المفهـوم هي من بين أدوات الضبط الإجتماعي Social Control الذي يعني ممارسة المجتمع لنوع من الـسيطرة علـى تصرفات وسلوك الأفراد الذين ينتمون إليه وما يتخذه المجتمع من الوسائل التي تكفل تكيف سلوك الأفراد علـى نحو يتلائم مع ما إصطلحت عليه الجماعة من قواعد وقوالب للعمل والتفكير[2].

ولا يخفى أن القاعدة القانونية، إن كانت ترمي إلى تحقيق العدالة وإن لم تبلغها فهي على الأقل تعمـل علـى توفير الآمان القانوني La sécurité juridique للروابط والعلاقات التي تنشأ بين الأفراد في الجماعة [3].

إلا أن القاعدة القانونية، خصوصاً في مفهوم الفكر الرسمي أو الشكلي أي القاعدة التي تصدر عـن الـسلطة التشريعية، لا تكون كذلك إلا إذا كانت نابعة من جهة لها الإختصاص بوضعها، وكانت هناك أيضاً جهة تـسهر على كفالة إحترامها، بتوقيع الجزاء على من يخرج عليها، كما لابد أن يكون هناك وسط معين تخاطـب أفـرداه وتنظم سلوكهم.

وهنا يطرح التساؤل هل تتوافر تلك الأوصاف في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية؟.

[1] : أنظر حول تفاصيل القاعدة القانونية كل من: د. عبد المجيد زعلاني ، المخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة 2005، ص 62 وما يليها، كـذلك د. محمـد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون ،دار هومة 2004، ص 78 وما بعدها.

[2] : لاحظ: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 323.

[3] : المرجع السابق، ص 324 وقريب من المعنى نفسه، د. محمد سعيد جعفور، مرجع سابق ص 96 وما بعدها.

ثانيـــاً: القواعد الموضوعية وأوصاف القاعدة القانونية:

لم يتردد فقه القانون الموضوعي للتجارة الدولية في أن يخلص إلى أن ذلك القانون هو "مجموعة من القواعد" أو "نظام قواعد" système de normes أو إختصار فهي قواعد بالمعنى الفني [1].

ويبدو أن هذا التأكيد لم يأت من فراغ، ولكن كيف؟، هل تنطبق أوصاف القاعدة القانونيـــة علـــى تلـــك القواعد، هل هناك سلطة تقوم بصياغتها، وتحديد مضمونها، وهل يوجد جزاء يكفل فعاليتها؟.

يتجه الرأي الغالب إلى أنه إذا كانت قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية تشكل قواعد قانونية حقيقيـــة فإنها تستمد صفتها أو قيمتها القاعدية valeur normative، وعلى غرار قواعد القانون الوضعي مـــن عـــدة عوامل [2].

1- التضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية، وفي هذا المعنى يقول كـــل مـــن الفقيـــه Batiffol والفقيـــه Lagarde أنه " في الحدود التي فيها وسط معين متماسك جيداً على نحو موازي لشركة أو جمعيـــة في دور التكوين، يمكن أن نتصور أن تنشئ تلك الجماعة أو تطور قانونها الخاص بها "وإذاً يمكـــن أن نجـــد القواعـــد القانونية في كل مجتمع، ولا يقتضي ذلك بالضرورة الإنتظام في شكل دولة، المهم أن توجد جماعة متماســـكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها [3].

2- وجود أجهزة تسهر على العمل على إحترام القواعد السلوكية، وهي في شأن القانون الموضـــوعي للتجـــارة الدولية، هيئات التحكيم، فالتحكيم هو سلطة قضائية حقيقية تساعد على تقوية وإستقلال المجتمـــع الـــدولي للتجارة، ورجال الأعمال، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ " فوشار Fouchard أن القيمة القاعديـــة لقواعـــد القانون غير الوطني Droit a national للتجارة الدولية تتأتى خصوصاً من وجود أجهزة مكلفة بإعمالـــه، والعمل على إحترامه، وتلك الأجهزة بالتحديد هي المحكمون وهيئات التحكيم كسلطة قـــضائية للمجتمـــع الدولي للتجار.

فالمهم لكي توجد القاعدة القانونية " أن يكون هناك قاضي ونظام وإكراه خارج عن الأطراف وهو ما يكفله نظام التحكيم بخصوص القانون الموضوعي للتجارة الدولية.

3- وجود جزاء ذاتي له إستقلالية يضمن إحترام تلك القواعد كما هـــو الشأن بالنـــسبة لقـــــواعد القـــانون الوضعي، وتلك الجزاءات الذاتية متنوعة على نحو يتلائم مع طبيعة أشخاص المجتمع الذي تسود فيـــه فهنـــاك جزاءات مالية Sanctions pécuniaires [4] وهناك جزاءات أدبيـــة Sanctions morales [5] وهنـــاك كذلك جزاءات تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق [6]، والملاحظ أن إنعدام هذا الجزاء الأخير لا يقلـــل مـــن

---

[1] : د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

[2] : لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص322 لاسيما325 وما يليها.

[3] : يقول في ذلك الصدد الفقيه Goldman " إن شروط العقود النموذجية، ومثلها العادات المقننة للتجارة الدولية، ليست في حالتها الراهنة ثمرة إنشاء تلقائي وإنما هي ثمار وضع Ediction أجهزة مهنية ورجال التجارة الدولية لا يقللون من إعتبارها مؤهلة لتحديد أو وضع قواعدها " لاحظ في هذا د.عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 326.

[4] : مثلاً: تقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم، أو عدم تنفيذ الحكم.

[5] : مثلاً: كنشر أو إذاعة عدم تنفيذ المحكوم ضده لقرار التحكيم.

[6] : مثلاً: كتعليق الصفة، أو حقوق العضوية، كذلك منع الطرف المقصر من الإلتجاء إلى التحكيم في المستقبل، منعه من إرتياد البورصات أو الأسواق التجارية العالمية.

القيمة القاعدية للقواعد الذاتية للتجارة الدولية، لأن الجزاء la sanction في القاعدة القانونية ولزومه لها أمر ما زال محل نظر وخلاف في الفقه [1].

وبناءً على هذه الحجج ينتهي الفقه الراجح إلى أنه لما كان كل مجتمع يخلق قانونه، وقواعده التي يسير عليهـــا فإن القانون الموضوعي للتجارة الدولية لا يعني فراغ قانوني، ولا يوجد محل للقول بأن التجارة الدوليـــة أو بـــأن التحكيم التجاري الدولي في فنه وفي إجراءاته يمكن أن يفلتا من كل قاعدة قانونية، إن قاعدة قانون التجارة بـــين الشعوب Lex Mercatoria تعني تماماً، قاعدة قانونية، وهي واجبة التطبيق طالما أنها تكونت بطريقة كافية [2].

وإذا كان من غير المتعذر هكذا إثبات أن قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية هي قواعد قانونية بـــالمعنى الفني، فإنه يكون من الصعب تعميم ذلك الحكم لأن هناك من مكونات وروافد ذلك القانون ما يصعب التأكـــد من كونها تشكل قاعدة قانونية بخصائصها وأوصافها المعروفة وهذا ما نبحثه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثانـــي: الوضع القانوني لعادات التجارة المطبقة على العقود الدولية:

إن المؤكد هو أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية، يتكون من عادات وأعراف الأوساط المهنية وكـــذلك الحلول الخاصة التي يقدمها قضاء التحكيم للمنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، بالإضـــافة إلى القواعـــد العامة للقانون والشائعة بين مختلف الدول، فضلاً عن مبادئ العدالة والإنصاف، ولا نغالي إذا قلنـــا أن عـــادات التجارة Usage du commerce تعتبر من أهم مصادر القانون الموضوعي، ولكـــن السؤال المطروح، هل تعتبر تلك العادات قواعد قانونية بالمعنى الفني؟.

أولاً: الإتجاه نحو تقرير صفة القاعدة القانونية لعادات التجارة:

يذهب البعض من الفقهاء وعلى رئسهم الفقيه Fouchard و Goldman إلى أن "هذه العادات هي قواعد قانونية: des Regles de Droit تولدت عن الواقع العملي الذي يتكرر في وسط معين ، بل إن تنوعها الكبير سواءً من حيث الأوساط التي تطبق فيها، أو فروع النشاط التجاري والإقتصادي التي تتعلق بها يحول أحياناً دون أن تبلغ مرحلة عالية من العمومية، وإذاً في جميع الأحوال تعد قاعدة قانونية مصاغة بتحديـــد كـــاف يـــستطيع الأطراف معرفتها قبل التعامل [3].

وإذا كان الغالب هو تأييد صفة القاعدة القانونية لعادات التجارة دون تخصيص، إلا أن البعض أراد إظهـــار ذلك التخصيص، مقرراً أن الأمر يتعلق بقواعد قانونية عرفية règles coutumières بحيث يقول في هذا المعنى الأستاذ "بيرفيت" Peyrefitte أن " شروط العقود النمطية والعادات المدونة تتمتع على نحو كافي بعمومية وتبصر كي تعد تعبيراً عن قواعد عرفية يتبناها المتعاقدون، وتفرض عليهم".

---

[1] : تفصيلاً في هذا راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 327.

[2] : أنظر: د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

[3] : الملاحظ على هذا الفريق من الفقه أنه يجد حقلاً للتجربة في شأن عادات التجارة التي أرستها غرفة التجارة الدولية بباريس لاسيما في مجال الإعتمادات المستندية، ليقرر أن تلـــك العادات هي من قبيل القواعد القانونية فقيام غرفة التجارة الدولية بتقنين هذه العادات يعطيها قيمة قانونية تقربها إلى حد كبير من القواعد القانونية الحقيقية، لتفصيل أكثـــر راجـــع ـــ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 331.

ومهما يكن فإن الفقه المناصر لإعتبار عادات التجارة الدولية قاعدة قانونية، عرفية يرتب على ذلك بعض النتئج المنطقية:

1- فمن ناحية إذا كانت العادة قاعدة عرفية فإن المحكم أو القاضي يطبقها من تلقاء نفسه d'office ولا يلزم الخصم بإثبات مضمونها، ومن هنا فإنه لا يسري عليها مبدأ المواجهة بين الخصوم principe du contradictoire وبحيث لا يفرض على القاضي أو المحكم ألا يطبق العادة إلا بعد أن يطلب ذلك الخصوم مقدماً ويتم إثباتها.

2- ومن ناحية ثانية فإن العادة التجارية، بالنظر إلى كونها قاعدة قانونية، يسري في شأن قاعدة عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون Nul n'est censé ignorer la loi وهذا ما قررته بالفعل الأحكام الحديثة [1].

ولقد أيدت إعتبار عادات التجارة الدولية قواعد قانونية أحكاماً عديدة [2]، بما في ذلك محكمة النقض الفرنسية.

ثانيـــاً: نقد إعتبار عادات التجارة قواعد قانونية:

من غير الممكن في ظل الحالة الراهنة للتجارة الدولية، ولقضاء التحكيم الدولي، أن نتجاهل حقيقة الدور الذي تقوم به عادات التجارة سواء في مرحلة إبرام العقود الدولية [3]، أو التفاوض بشأنها [4] وفي مرحلة تنفيذ تلك العقود وجزاء الإخلال بالإلتزامات التعاقدية.

على أنه مهما يكن من أمر تلك الأهمية فلا يجب أن ننسى الحقائق الفنية القانونية، وتلك الحقائق تبصر بأن تلك العادات لا تشكل بحال قواعد قانونية بالمعنى المعروف، أما ما قاله أنصار "العادة قاعدة قانونيـــة" -Usage Régle de Droit فهو منتقد، ونقتصر على عرض وجهين من أوجه النقد الموجهة إلى ذلك.

1- إن أنصار العادة التجارية، يخلطون بين العرف والعادة رغم ما بينهما من فوارق [5]، فالعرف هو مصدر معترف به في الفقه والقضاء والتشريع [6] كمصدر أصيل للقاعدة القانونية بينما لا تعتبر العادة كذلك ولهذا يكون من غير الدقيق قانوناً محاولة التسوية بينهما.

هذا ويعد من المرفوض القول بأن العادة تحتل مرتبة وسطى بين القاعدة القانونية والعرف أو أنها قواعد مكملة Règles Supplétive لنصوص العقود الدولية .

---

[1] : ففي قضية Vilatte مثلاً: ذهبت محكمة إستئناف باريس في 1981/04/10 إلى أن عادات التجارة التي إستقرت في مجال بيع وشراء البصل هي قواعد قانونية تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة. ولا يمكن قبول الإعتذار بجهلها..."، لاحظ تفصيل القضية في مؤلف د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 767 وما بعدها.

[2] : نذكر منها حكم محكمة إستئناف باريس في 13 نوفمبر 1980 وهي بصدد الفصل في الطعن المقدم ضد أحد قرارات التحكيم فقضت بأنه " ينتج من مدونات القرار –قرار التحكيم– أن المحكمون قد رجعوا، ضمنياً ولكن بالضرورة إلى أحد عادات التجارة الدولية التي تفرض بقوة البديهة، وبهذا التحديد وفقاً لقواعد القانون، فإن المحكمون يكونوا قد فصلوا وفقاً لأحكام مشارطة التحكيم " أنظر تفصيلاً في هذا د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 334.

[3] : أنظر: Vincen Heuzé، مرجع سابق، ص 163 وما يليها.

[4] : راجع، سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

[5] : لتفصيل أكثر راجع د. محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

[6] : أنظر مثلاً: المادة 01 من ق.م. الجزائري، المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

إن العادة يجب أن تظل ذات صفة إتفاقية أو تعاقدية فهي مجرد شرط تعاقدي وليست كما يــزعم الــبعض قواعد إتفاقية لأنه لا يوجد في الفن القانوني، ما يسمى بالقواعــد الإتفاقــية، فالعــادة هي شــــرط تعاقــدي فحسب، وبالنظر إلى أنها تعد جزءاً من العقد فيمكن تسميتها بقاعدة فردية **règle individuelle** ولكن ليست مطلقاً بقاعدة قانونية، بل هي مجرد واقع عملي تسعف في تفسير العقد وسد ثغراته [1].

هذا والمؤكد أن العادة التجارية لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا تحولت إلى عرف، وهي لا تكون كــذلك إلا إذا كان لها صفة الإلزام ، أما قبل ذلك فإن "عادات التجارة لا تختلط مطلقاً مع القواعد العرفيــة عــبر الدوليــة فالأولى هي الواقع المتبع عموماً في النشاط الإقتصادي المقصود، مع الأخذ في الإعتبار تركيزه القانوني أما الثانية في قواعد–قانونية– حقيقية مثل الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، الإلتزام بتقليل الخسائر، الأثر الواقف وليس الهادم للقوة القاهرة"[2].

2- إن عادات التجارة الدولية ليس قواعد قانونية بالنظر إلى كونها غير ملزمة، وهذا الأخير –الإلزام– هو عنــصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية، آمرة كانت أو مكملة، فالعقود النمطية والــشروط العامــة وســائر العادات المهنية هي مجرد إقتراحات، أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الدوليــة الــذين يتمتعــون بكامل الحرية في تبنيها، أو في رفضها، وهم يعلمون أنها غير ملزمة إلا إذا إختاروها صراحة أو ضمنياً، وحتى في هذه الحالة فإن مصدر إلزامها هو العقد لا غير، وبسبب إفتقادها إلى صفة الإلزام مرده إلى إنعدام السلطة الحقيقية التي تكفل إحترامها، وبالتالي غير صحيح القول بأن الهيئات والمنظمات المهنية تعتبر هي تلك السلطة حيث يلاحظ أن تلك الهيئات لا يتجاوز دورها مجرد إقتراح على أعضائها صيغاً وشروطاً تعاقديــة، وعلــى خلاف سلطة الدولة التي تصدر قواعد قانونية ذات إلزام واضح [3].

وعليه ومهما يكن من خلاف فإن إنعدام صفة القاعدة القانونية بالنسبة لعادات التجارة، لا يقلل مــن قيمــة المصادر والروافد الأخرى التي يقوم عليها القانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية فهي جميعاً تتضافر من أجل تقديم أنسب الحلول لمشاكل عقود تلك التجارة، وواقع قضاء التحكيم التجاري الدولي لا يكذب ذلك [4].

ومادامت تلك المصادر أو الروافد مجتمعة تتضافر من أجل تشكيل ما يعرف بالنظــام الجديــد الموضــوعي والمناسب للعقود الدولية، فما مدى حقيقة موضوعية فعلاً وإنصافه؟، لاسيما في ظل مجتمع دولي أصــبحت فيــه الرغبة التوسعية ظاهرة، هذا ما نحاول بحثه من خلال المطلب الموالي.

---

[1] : أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 336.

[2] : لاحظ د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 98، 99 وقريب راجع كل من د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع محمد مصطفى الجمال، مرجع ســابق، ص 348 وما بعدها.

[3] : أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 339.

[4] : المرجع السابق، ص 339 وما يليها.

المطلب الثالث: التدويل المفروض في ظل إرادة تغيير العلاقات الدولية:

إن فكرة العقد الدولي إنتقلت من معركة التوطين إلى حرب التدويل، وهذا الأخير بمفهومه وطرحه السابق لاسيما سعي أنصاره ليس فقط لجعل العقد طليقا بل تهميش القوانين الوضعية وإزالتها من الوجود، هذه القوانين التي أصبحت الوسيلة الأخيرة والوحيدة في يد الدول النامية خاصة على الأقل بموجبها تفرض سيادتها على ثرواتها.

إن فكرة تدويل العقد الدولي وإعتماده على نظام مستقل بذاته لم تتوقف عند الحد السالف بيانه والمتمثل في تبيان مدى كماله أو قانونيته وإنما لقت معارضة شديدة وقدمت بشأنه حجج نفي داحضة عللت بأسباب موضوعية، وضعت على "الساحة في صراع حاد بين البلدان النامية والبلدان المتطورة وشركائها"[1] من خلال هذا المطلب سنحاول توضيح ذلك بحيث نخصص الفرع الأول منه إلى الحجة الأولى لرفض فكرة التدويل وهي: أنه طرح جزئي يقوم على حجج لا تمت للقانون بصلة، وفي فرع ثاني إلى فكرة غياب الإيطار القانوني المحدد لذلك النظام، وأخيراً إلى الإطار الجديد لتعاقدات الدولية في فرع مستقل.

الفرع الأول: طرح جزئي يقوم على حجج لا تمت للقانون بصلة:

يلاحظ فقهاء القانون الدولي ممن تطرقوا إلى ظاهرة التعاقدات الدولية [2] أنه حتى نهاية القرن التاسع عشر ومنتصف القرن العشرين فإن القواعد القانونية التي تحكم المعاملات الدولية في مجملها من صنع وصياغة الدول الغربية، وهي الدول التي يطلق عليها في عرف القانون الدولي العام " دول النادي المغلق"، حيث أن الدول الخارج عن هذا النادي بطبيعتها كانت دولا حديثة العهد لم تكن تمارس أية رقابة، ثم أنه لا تجد من جانب الفقه ولا القضاء في هذه الفترة عارض فكرة إخضاع العقد بين دولة ذات سيادة وشركة إلى القانون الداخلي للدولة [3].

ويأتي كتجسيد لهذا الطرح حكم محكمة العدل الدولية في القضية المعروفة بقضية القروض الصربية حيث ينص على " إن كل عقد تبرمه الدولة بغير صفتها كأحد أفراد القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني [4] لكن مع حصول معظم الدول على سيادتها وتراجع الإستعمار أصبح التوجه نحو عدم توطين العقد لإخراجه من قبضة الدولة وقانونها الداخلي، وغياب " قواعد مناسبة على مستوى القانون الدولي، والإستخدام الموجه للقواعد الكلاسيكية للقانون المدني وكذا القانون التجاري، ثم اللجوء إلى إقتراح أو التفاوض على قوالب جديدة للتعامل مع ملاحظة إختلال ظاهرة الترابط الحتمي بين الدول.

ولضمان شروط حمائية وإعطاء ضمانات أكثر لفائدة الشركات الأجنبية والشركات المتعددة الجنسيات وتكتلات مصالح الدول الأكثر تطوراً سار التوجه نحو عدم توطين العقد وإفراغه في قوالب أطلق عليها صفة وصيغة "الدولية"، ولا نرى ما هي المبررات، إن لم تكن الإرادة المنفردة للمحكمين الأوائل والمصالح الأنانية التي

[1] : لاحظ: أطروحة د. بن عامر تونسي مشار إليها سابقاً، ص 308.

[2] : د. الطيب زروتي، أطروحة مشار إليها سابقاً، ص 41 وما بعدها.

[3] : رسالة ،د. أحمد القشيري، مشار إليها سابقاً، ص 537.

[4] : أنظر Batiffol، مرجع سابق، ص 05 وما بعدها.

سمحت بالتقرير إن هذا العقد أو ذلك العقد الدولي، مع العلم أن النظام القانوني الدولي لم يكن مؤهلاً للسماح بالقول بتلك الأحكام [1].

وفي الواجهة المقابلة فإن البلدان في طريق النمو بالنسبة لتصنيعها أي إقتناء متطلبات إقامة الصناعة فإنها تخضع لقوانين الطرف الأجنبي لإمتلاكه التجهيزات الصناعية والمعارف التكنولوجية...حيث تناقش العقود وتتفاوض عليها حالة بحالة حسب مستوى تطور كل بلد وما يملكه من موارده وإختياراته وأولوياته [2].

يستنتج أنه مع وجود الترابط الحتمي بين الطرفين البلدان الأكثر غنى والبلدان النامية، إلا أن مسألة تنظيم العلاقات القانونية بينهما كانت مطروحة بصفة جزئية وأكثر إجحافاً فلم يكن ثمة " نظام قانوني للعقود بمعاييره وقواعده الموضوعية والجزاءات المترتبة على ذلك [3] وبالتالي فإن أي تصور جديد لابد وأن يأخذ في الحسبان متطلبات كل الأطراف، لاسيما حقوق الدول النامية والتي على رأسها حقها في التنمية والذي سعت إليه الدول النامية جاهدة وكادت أن تحققه لولا ردتها.

ولابأس أن نشير إلى تلك الحقوق في بند مستقل نظرا لأهميتها.

أولا: حقوق الدول و واجباتها الإقتصادية:

إعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية في القرار 3281 (د-29) المؤرخ في 12ديسبمر1974، ولقد تم وضع ذلك الميثاق في ظل المادة 13 (أ) من ميثاق الأمم المتحدة التي تخص تقنين القانون الدولي وتطويره التدريجي.

ويعبر الميثاق بحق عن مضمون القانون الدولي للتنمية، حيث تعمد قواعده إلى توزيع الحقوق والواجبات على الدول توزيعا واضحا منصفا، آخذة بعين الإعتبار إزالة الظلم وعدم المساواة اللذين أبتليت بهما قطاعات كبيرة من البشرية[4].

وهو يستند إلى تعزيز الأمن الإقتصادي الجماعي لأغراض التنمية[5]، لاسيما تنمية البلدان النامية مع الإحترام التام لمساواة كل دولة في السيادة وعن طريق تعاون المجتمع الدولي بأسره، و يبقى المقصود من هذا هو الوقوف عند حقيقة تلك الحقوق والواجبات والتي من شأنها تحقيق المساواة بين الدول من جهة وهي من مقاصد الأمم المتحدة، ومن جهة أخرى التأكيد الجاد على مطالب التنمية الدولية.

إن الهيئات التي لعبت دورا في صياغة مفاهيم الميثاق الخاص بحقوق الدول وواجباتها يمكن معرفتها من مراجعة المواثيق التي أعدها كل من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، وحركة عدم الإنحياز في منتصف الستينات، فقد تضمن البيان الختامي الثالث لدول عدم الإنحياز[6] إقتراحات بإعتماد إعلان للتنمية الدولية يتضمن النقاط التالية:

---

[1] : لاحظ تفصيلاً في هذا، د. مسعودي محمود، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

[2] : مرجع سابق، ص 31.

[3] : د. بن عامر تونسي، أطروحة مشار إليها سابقاً، ص 108 وما بعدها.

[4] – أنظر في ذلك، د. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 169.

[5] – لاحظ في ذلك مثلا المواد: 13 (أ)، 55، من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945.

[6] – عقد هذا المؤتمر في لوزاكا في الفترة من 08-10 سبتمبر 1970.

- إن التعاون الدولي من أجل التنمية، لا يعتبر مسيرة وحيدة الجانب لأن تطور البلاد النامية يعود بالفائدة على العالم بأسره غنية وفقيرة.
- إن التعاون الإقتصادي الدولي يجب أن يهدف إلى إقامة التنسيق بين الإنتاج والأسواق والعوامل التكنولوجية الدولية، وذلك لإقامة تقييم منطقي للعمل وتوزيع عادل لثمراته.
- أن التطوير السريع للنظام الإقتصادي العالمي، يجب أن يتحقق عن طريق إعتماد السياسات والإجراءات التي تجعل من البلدان المتقدمة و النامية شركاء متساويين وعلى أساس من المنفعة المتبادلة وبذل الجهود في سبيل إقامة السلام والتطور.
- إن مفهوم التنمية يتضمن بصورة خاصة توفير الإمكانيات المتساوية للجميع، ورفع مستوى شروط الإنسان المعيشية بشكل لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية[1]، وبعيدا عن التأثير الإستعماري.

وما يلاحظ أن حركة عدم الإنحياز ركزت في بيانها على القضايا الإقتصادية، كما أعطت معنى مفصلا وملموسا لمفاهيم ميثاق التنمية[2].

هذا ولقد وضع المؤتمر الرابع للحركة، المنعقد في الجزائر في الفترة الواقعة بين 05 و 9 سبتمبر 1973، تصورا لميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية[3] يعتبر من الناحية العملية أكثر وضوحا من المفاهيم السابقة عليه، فقد تضمن الإعلان الإقتصادي وبرنامج العمل للتعاون الإقتصادي المعتمدين من نفس المؤتمر، دعوى للجمعية العامة للأمم المتحدة بأن تعطي الأولوية لإعداد ميثاق لحقوق الدول وواجباتها الإقتصادية خلال دورتها الثامنة والعشرين "28"...إلخ[4].

وعلاوة على ذلك طالب الإعلان تحت العنوان "السيادة والموارد الطبيعية" بدعم تضامن البلدان النامية للتغلب على تدهور أوضاعها ولضمان قيام نظام إقتصادي دولي جديد، كما بين المؤتمر لأول مرة، أن إدراك النظام الإقتصادي الدولي الجديد يتوقف على إدارة قانونية تعمل على تنفيذه، وتتمثل في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية وهو ربط يعكس إيمان الحركة بأن مشاكل لا تحل بإبداء الرغبة أو المطالبة، بل في إيجاد أساس قانوني لحل تلك المشاكل[5].

أما الهيئة الدولية الأخرى هي **"مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية"**[6] إذ يعتبر مصدرا هاما آخر لصياغة مفاهيم ميثاق حقوق الدول وواجباتها، وربما تعزى فعاليته في هذا الشأن كونه يمثل هيئة تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة وإلى مشاركة كل بلدان عدم الإنحياز في مداولاته.

---

[1] – ذلك من المقاصد الأساسية التي تهدف إليها منظمة الأمم المتحدة، أنظر مثلا الدباجة و المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة.

[2] – د. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 171.

[3] – شاركت في هذا المؤتمر 75 دولة، و بلغ عدد المراقبين 23 وفدا، أنظر المرجع السابق، ص172.

[4] – راجع الفقرة 12 من الإعلان الإقتصادي.

[5] – د. إسماعيل عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، مرجع سابق، ص 172 و ما بعدها.

[6] – أنشئ المؤتمر في 1964/12/30 بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1995 (د-19).

ولقد طرح المؤتمر منذ عام 1964 جملة من المبادئ والقواعد في الوثائق التي إعتمدها، والتي وضعت لتحكم العلاقات التجارية الدولية والسياسات التجارية التي تؤدي إلى التنمية، وأعلن في نفس العام أن لكل دولة حق السيادة لتتجر بحرية مع الدول الأخرى، وحرية التصرف في مواردها الطبيعة وفقا لمصلحة إنمائها الإقتصادي ورفاهية شعوبها[1].

وهكذا، يوجد داخل وثائق حركة عدم الإنحياز ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، طرح لحل المشاكل الدولية ذات العلاقات بالتنمية، والسعي إلى جعل قضية التنمية من إهتمامات المجتمع الدولي، فضلا عن ذلك أني ألاحظ وحسب تقديري أن ما إحتوته هذه المواثيق المشار إليها من مطالب، هي في مجملها لا تتلائم مع نظام التدويل والذي إن كان يواكب مستجدات العصر إلا أنه لم يولي إهتماما بحقوق الدول النامية التي هي من المفروض مفروضة على الدول المتقدمة بإسم المجتمع الدولي وقواعد القانون الدولي العام لاسيما مقاصد منظمة الأمم المتحدة.

إلا أن المتتبع لآخر مرحلة مر بها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، وذلك خلال إنعقاد الدورة الإستثنائية السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة بين 9 أفريل و 2 ماي 1974[2] يدرك حقيقة أهداف بعض الدول الراغبة في الإنفرادية بالتدويل من ذلك اليوم و إلى حد اللحظة.

ومهما يكن فإن مبادئ وقواعد ميثاق حقوق الدول، هي اللسان المعبر عن الشروط الأساسية لقيام النظام الإقتصادي الدولي الجديد، وهو بذلك يمثل أحسن سند يبرهن على أن القانون الدولي للتنمية ليس نابعا من إرادة البلدان المتقدمة، بل من إرادة البلدان النامية وفي ذلك تتجسد حقيقة علمية مفادها، ضرورة إستبعاد المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بصورتها الراهنة، والتي تميز بين الدول على أساس بعض المعايير مثل "الحضارة" و"المسيحية" وهي معايير تظل تحمل في معناها فكرة تبعية البلدان النامية

الفرع الثاني: غياب الإطار القانوني المحدد:

هناك ثلاث مبادئ أساسية يقوم عليها القانون الدولي المعاصر:

- السيادة
- المساواة
- مسؤولية الدولة.

وقد تتأثر هذه المبادئ بمناسبة المطالب المتعلقة بديمقراطية أو دمقرطة العلاقات الدولية والسيادة على الثروات الطبيعية وحماية التنمية الإقتصادية للبلدان النامية [3].

---

[1] – راجع في هذا، د. إسماعيل عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، مرجع سابق، ص 173 و ما بعدها.

[2] – بحيث لو نظرنا إلى وجهة الدول نحو مشروع الأمم المتحدة للتجارة و التنمية عند المصادقة عليه خلال الدورة المشار إليها سابقا لوجدنا الدول المعارضة هي: الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، ألمانيا الفدرالية، بلجيكا،ليكسانبورغ، الدانمارك، في حين الدول الممتنعة هي: النمسا، كندا، فرنسا، إرلندا، إيطاليا، اليابان، هولندا، النرويج، إسبانيا، إسرائيل و لعل في هذا دليل على حقيقة ما كانت و لا زالت تسعى إليه مثل هذه الدول من فكرة التدويل، راجع في هذا، د. إسماعيل عمر سعد الله، المرجع سابق، ص 181 و ما بعدها.

[3] : من ميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية.

فميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية قد كرس مبدأ ديمقراطية العلاقات الدولية بقوله إن " كل الـدول سواسية من الناحية القانونية بصفتها أعضاء في المجموعة الدولية، ولها الحق في المشاركة الكاملة والفعلية في التـبني على المستوى الدولي للقرارات الرامية إلى حل المسائل الإقتصادية المالية والنقدية العالمية" [1].

وجاءت الفقرتان الثانية والرابعة من إعلان الأمم المتحدة بخصوص إقامة نظام إقتصادي دولي للتأكيد علـى مشاركة الدول النامية " مشاركة فعالة، كاملة، عادلة، وحقيقية...في تكوين وتطبيق كل القـرارات الـتي تهـم المجموعة الدولية على أساس عادل لتسوية المسائل الإقتصادية العالمية للمصالح المشتركة لكل الشعوب [2].

والملاحظ أن الواقع لا يعبر عن هذا الطموح ذلك أن غياب الإستقرار الإقتصادي وعدم التكـافؤ في ميـدان المبادلات أتبع بعزوف في الميدان القانوني، و لم يكن هناك تدخل ليعطي استقراراً للعلاقات والأوضاع.

والجدير بالملاحظة أيضاً هو أن التقنيات القانونية المكرسة أصبحت لا تتماشى ولا تواكب التطور في حين أن كل الأنظمة القانونية تعرف قواعد قانونية مدونة ومستقرة، نجد عمليات التعاقد المبرمة من قبل الأطراف هي التي تحدد العلاقة القانونية، وبدلا من البحث عن إطار قانوني للعلاقات القانونية فإن التوجه سائر نحو البحـث عـن وسيلة أكثر نجاعة من السابق، تؤدي هذه الوسيلة إلى فعالية أكبر للإشتراطات الأساسية وتركيز العقـد بطريقـة تسمح من إخراجه من نطاق القانون الداخلي للدولة [3]، حفاظاً على مصالح الإحتكارات العالميـة والـشركات المتعددة الجنسيات أو بالأحرى مصالح الأطراف الأكثر قوة في العالم.

إن غياب إطار قانوني محدد للعلاقات التعاقدية وحفاظاً على ما يسمى إصطلاحاً من قبل دول النادي المغلـق "بمخاطر التشريع" أدى أيضاً إلى تمييع الطرح الجاد وتغييبه في متاهات التمييز بين القانون العام والقانون الخـاص من جهة، والقانون الدولي بفرعيه العام والخاص والقانون الوطني أو الداخلي من جهة أخرى، وما تفرع عن ذلك من مناظرات غايتها إيجاد قواعد ونظام يحفظ الحقوق المكتسبة،- بحق أو بدون حق – لأنه من منظور أصـحاب هذه النزعة فإن القانون ما جاء إلا للحفاظ على المكاسب "لأن النظريات والتقنيات القانونية المهيمنـة مرتبطـة صراحة أو ضمناً بتوجهات ومصالح البلدان المتطورة التي تسعى إلى المحافظة عليها أو على الأقل تبريرهـا، هـذه المهمة تبدو طبيعية بقدر ما أن الهدف الرئيسي للقانون هو إحترام القواعد الموضوعة، أي القواعد التي أعـدت في معظمها من قبل الدول الغربية خلال مرحلة هيمنتها على العلاقات الدولية بدون منـازع، وتحريـر العلاقـات التعاقدية من أي دولة وقوانينها الداخلية، وقد لعب التحكيم الدولي دوراً كبيراً في ذلـك ودعمتـه الممارسـات التعاقدية وقوانين الدول النامية[4]".

إذا غياب الإطار القانوني أو تغييبه عن قصد أو عن غير قصد انعكس سلباً على إرساء قواعـد موضـوعية للتعامل، وبالتالي إيجاد قواعد قانونية تكفل وتضمن توازن العلاقـات بيـن مختلف المتعـاملين علـى الـساحة الدولية، وتتيح " إدماج العامل الإقتصادي ويجعل منه عنصر من عناصر العلاقات الدولية، والقـانون الـدولي أي

[1] : نفس المرجع.

[2] : د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 32.

[3] : لاحظ: د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 33.

[4] : نفس المرجع ، ص 34 وما بعدها.

العنصر الحاسم والفعال"، والأجدر من ضبط الأمور في إطار قانوني شامل وعـــام يحفـــظ التوازنـــات الكـــبرى للتعاملات الإقتصادية والقواعد القانونية المسيرة لها [1].

ومما لا شك فيه أن العقد الدولي وما شهده ويشهده من تغيرات يعود ذلك إلى تنامي دور الدولة في تحقيق الإستقرار على صعيد العلاقات الدولية من جهة وتفعيل ميكانيزمات التنمية الوطنية من جهة أخرى لاسيما على مستوى الدول النامية[2].

وبما أن العقد الدولي هو الآلية الأساسية التي عن طريقها تحصل التنمية الوطنية وتحقيق الرفاهية للشعوب كما نصت عليها منظمة الأمم المتحدة في نصوص ميثاقها[3].

ولابأس أن نشير في هذا الصدد إلى قرارين صدرا عن منظمة الأمم المتحدة كان لهما كبير الشأن في دحرجة فكرة التنمية.

أولا: القرار الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية[4]:

والمراد بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، أن تكون كل دولة حرة في تقرير طريقة إستخدام مواردها الطبيعية والشروط التي يمكن إستغلالها على أساسها.

ولقد صدر حول هذا الموضوع عن الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار تحت رقم 1803 (د-17) بتاريخ 14ديسمبر1962، وكان لهذا القرار أهمية بالغة في دفـــع التنمية ومن ثم المساهمة في تطوير القانون الدولي للتنميـــة، ذلك أنه أنشأ عددا هاما من الإلتزامات الدولية بتحقيق غاية ومجموعة من الإلتزامات ببذل عناية في مجال التنمية.

والملاحظ أن صياغة هذا القرار لقيت تأييدا من قبل الجهود الدولية، والتي نشير إليها في النقاط الموالية:

1-جهود المجلس الإقتصادي و الإجتماعي:

إعتمد المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع للأمم المتحدة أولى القرارات المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ففي دورته الرابعة عام 1947 دعى إلى عقد مؤتمر دولي لدراسة وتطبيق الوسائل الفنية للمحافظة على الموارد الطبيعية وإستغلالها لإصلاح ما دمرته الحرب، ولأهمية تلك الموارد في البناء والتعمير.

ومن ثم كان للمجلس الإقتصادي والإجتماعي دور ولو مبدئي في إرساء ذلك المبدأ وذلك يعود إلى هيمنة الدول الكبرى على هذا المجلس، وأن القانون الدولي حتى هذا الوقت كان قانون الدول المتقدمة فحسب، فلا تستطيع البلدان النامية أن تساهم في إنشاء قواعده[5].

---

[1] : بن عامر تونسي، رسالة مشار إليها سابقاً، ص 109 وما بعدها.

[2] – د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 448 و ما بعدها.

[3] – لاحظ في ذلك مثلا المادة 13 (أ) و المادة 55 من ميثاق الأمم المتحدة.

[4] – تفصيلا في ذلك راجع، د. عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، ديوان المطبوعات الجامعية 1990، ص 153 و ما بعدها.

[5] – د. عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، مرجع سابق، ص 154.

2-جهود لجنة حقوق الإنسان:

برز تأييد لجنة حقوق الإنسان لإعتماد وثيقة دولية حول السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية في وقت مبكر نسبيا فقد أجازت في دورتها العاشرة عام 1954 مشروع قرار تقدمت به بعض الدول النامية مع دول من الكتلة الشرقية، يقضي بتكوين لجنة خاصة لتقنين مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية[1].

وفي الواقع فإن جهود لجنة حقوق الإنسان في هذا السياق قد إبتدأت في عام 1952 أثناء إعدادها لميثاق حقوق الإنسان والذي إتخذ شكل إتفاقيتين[2] فيما بعد.

والملاحظ عموما أن هناك تطوراً في تأييد لجنة حقوق الإنسان إزاء صياغة وثيقة دولية خاصة بالسيادة الدائمة ففي **المرحلة الأولى** عمقت حق السيادة الدائمة من خلال المناقشات والقرارات في وقت كانت الدول الغربية تبدي مقاومة شديدة له بإعتبار أن ذلك قد يثبط الإستثمارات في المناطق المتخلفة، علاوة عن إدعائهم بأن إتفاقيتي حقوق الإنسان ليست الموضع الملائم لمحاولة تحديد العلاقة بين الدول المالكة للموارد وبين الدول أو مواطني الدول، الراغبة في التنمية. أما **المرحلة الثانية**، فقد عزمت اللجنة على ضرورة تقنين القواعد القانونية الدولية اللازمة لتكريس مفهوم السيادة الدائمة من قبل لجنة دولية، يعهد إليها القيام بمهمة صياغة قرار في هذا الشأن[3].

3-جهود اللجنة الثالثة التابعة للجمعية العامة:

اللجنة الثالثة هي إحدى اللجان الرئيسية للجمعية العامة للأمم المتحدة وتعرف بإسم " **لجنة الشؤون الإجتماعية والإنسانية والثقافية**" فقد تمكنت عام 1955 وخلال الدورة العاشرة للجمعية من إتخاذ موقف واضح من تقنين مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية وتعكس نتائج المناقشات ضرورة ذلك التقنين.

4-جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة:

تؤيد جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة، صياغة وثيقة عالمية تضمن تفصيلا، للإلتزامات الدولية حول السيادة على الثروات الطبيعية عدد من القرارات التي إعتمدها منذ بداية الخمسينات.

ومن القرارات التي أسهمت بصورة مباشرة في بلورة تلك الفكرة القرارين التالين[4].

القرار الأول: يحمل رقم 523 (د-6) مؤرخ في 12جانفي1952 و هو يبرز قناعة المجتمع الدولي بضرورة الإعتراف بمبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية[5].

أما القرار الثاني، فهو تحت رقم 626 (د-7) مؤرخ في 21ديسبمر1952، وتكمن أهمية هذا القرار في أنه أضفى على مبدأ السيادة الدائمة صبغة القاعدة القانونية الدولية الإتفاقية.

---

[1] - و مما جاء في مشروع ذلك القرار « أن الجمعية العامة ... إذ ترى أن حق الشعوب و الأمم في تقرير المصير، و الذي تأكد في العهدين الدوليين اللذين أجازتهما لجنة حقوق الإنسان يشمل السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية...»، راجع في ذلك، د. عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، مرجع سابق، ص 156.

[2] - هما الإتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية، و الإتفاقية الخاصة بالحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية المعتمدين من الجمعية العامة عام 1966.

[3] - د. عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 157-158.

[4] - د. عمر سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 158.

[5] - لتفصيل أكثر حول منطوق القرارين راجع، المرجع السابق، ص 160 و ما بعدها.

وإنا لنلاحظ دعوى ضمنية إلى صياغة وثيقة دولية حول السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية حتى في مشروع القرار 626 (د-7) الذي تقدمت به دولة الأروغواي، ففيه بررت مشروعها على أساس أن القضية الوحيدة المرتبطة بتمويل التنمية الإقتصادية للبلدان المتخلفة كانت تكمن في إستغلالها الحر للثروات الخاصة بها.

ومهما يكن فإن قراري الجمعية العامة المشار إليهما يؤكد أن عزم المجتمع الدولي على إنشاء قواعد قانونية في إيطار القانون الدولي، وذلك لمنح الصفة الإلزامية على مبدأ السيادة الدائمة، ولتحديد الحقوق والواجبات المترتبة عنه في مجال العلاقات الدولية.

5-جهود لجنة السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية:

أنشئت لجنة السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة يحمل رقم 1314 (د-13) مؤرخ في 12ديسمبر1958، ويعطي القرار المذكور للجنة صلاحية تقنين موضوع السيادة الدائمة وصياغة وثيقة دولية بشأنه[1].

هذا ولقد أحيلت الدراسة المعدة من قبل لجنة السيادة الدائمة إلى الجمعية العامة في شكل مشروع قرار، وذلك خلال دورتها السابعة عشر **17** عام 1962، حيث تمخضت المناقشات وجملة التعديلات المقدمة من الدول[2]، بشأن تلك الدراسة، عن إيجاد صيغة نهائية لوثيقة دولية تعرف بقرار السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، الذي نال عند التصويت عليه 87 صوتا مؤيدا وعارضه صوتين مع إمتناع 15 عن التصويت.

ومهما يكن فإن سيادة الدولة على ثرواتها هو حق مكرس دوليا للدول، وهو معترف به من قبل المجتمع الدولي بدليل تلك الجهود الدولية المبذولة لإقرار ذلك، وإني أعتقد أن هذا المطلب كان مسموعاً ومقبولاً لما كانت للدول النامية كلمتها في المحافل الدولية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن في تلك الجهود التي بذلك تعطيل وعرقلة لتحقيق نظام التدويل الذي يسعى إلى تجريد الدول من آخر وسيلة تملكها لبسط سيادتها على ثرواتها وهي قاعدة قانونية.

يتضح من خلال ذلك أن سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية هو مطلب دولي نادت به الدول النامية على أعلى منبر في المحافل الدولية، وما يلاحظ أن رغبة الدول النامية حينها لم تتوقف عند هذا الحد من التغيير وإنما تجاوزت ذلك للمطالبة بنظام إقتصادي دولي جديد.

يحمل النظام الإقتصادي الدولي الجديد مغزى عميق جدا في نطاق العلاقات الدولية كما له صلة عضوية بينه وبين القانون الدولي للتنمية تبدو من خلال الإلتزامات القانونية التي يفرضها القانون الدولي للتنمية على الدول بشأن إرساء النظام الجديد و إيجاد إيطار قانوني له[3].

---

[1] – راجع في ذلك، د. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 163 و ما بعدها.

[2] – من بين تلك الدول نذكر، الإتحاد السوفياتي الذي قدم تعديلا على المشروع أثار نقاشا حادا أمام اللجنة، إنتهى إلى إلغاء ذلك التعديل، راجع في ذلك، المرجع السابق، ص164.

[3] – أنظر د. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، المرجع السابق، ص 55 و ما بعدها.

ولابأس أن نشير بشيء من التفصيل إلى مغزى هذا النظام الجديد الذي يعتبر تجسيدا حقيقيا لرغبة الدول النامية في أن تكون هي الأخرى لها صدى وأثر في المحافل الدولية وبمطالب هي من صميم مقاصد الأمم المتحدة، وتعبر فيها عن حقيقة التدويل المنصف بين البلدان بلا تمييز.

ثانيا: مغزى النظام الإقتصادي الدولي الجديد:

تمت صياغة المفاهيم الأساسية للنظام الإقتصادي الدولي الجديد في المؤتمر الرابع لرؤساء دول حكومات بلدان حركة عدم الإنحياز الذي عقد في الجزائر في الفترة من 5 إلى 9سبتمبر1973، وقد شملت عناصر النظام الجديد الذي دعى إليه في الجزائر العلاقات التجارية والنقدية والأغذية والسيادة على الموارد الطبيعية وتنظيم الشركات عبر الوطنية ونقل التكنولوجيا والتعاون بين كل البلدان النامية منها والمتقدمة، والبيئة ...إلخ[1].

وبهذا فإن النظام الجديد يعبر عن أماني شعوب العالم الشرعية، بل إن الحاجة إلى إقامة النظام الجديد ماسة سيما بالنسبة للبلدان النامية، وترجع ضرورته إلى كون الإطار السياسي الذي وضع فيه النظام الإقتصادي قد تغير الآن تغيرا ملموسا يقتضي معه أن تعتاده الأمم المتحدة ليس فقط عن طريق الإعتراف به رسميا ولكن بإحداث تغيير في أنماط سلوكها تبعا لذلك، حتى تحقق مع فكرة التنمية والتي أساس القانون الدولي للتنمية[2].

والواقع أن عبارة " النظام الإقتصادي الدولي الجديد" تستجيب لثلاثة متطلبات أساسية:

- **أول** هذه المتطلبات هو دعم طاقات التنمية لدى كل مجتمع تبعا لقيمه و الخاصة و توزيعا عادلا للثروات داخل كل مجتمع.
- **وثاني** هذه المتطلبات هو تحقيق العدل والمساواة على صعيد العلاقات الدولية، والقضاء على عدم التكافؤ في العلاقات الإقتصادية بين الدول.
- **وثالث** هذه المتطلبات، هو إحداث تغيير جوهري في سلوك الدول إزاء حقوق الإنسان، ذلك أن مفهوم النظام الجديد كما ذهبت منظمة اليونسكو[3] وما يتضمنه من عدالة وتضامن لا يتفق مع مواقف أو ممارسات أيا كانت تتعدى على حقوق الإنسان.

وإني أعتقد أن النظام الإقتصادي الدولي الجديد بهذا المفهوم لم يرى النور بالرغم من جهود الدول النامية لاسيما خلال السبعينات، ولن يرى النور أبدا بعد ردة تلك الدول إلا إذا إقتنعت البلدان المتقدمة بحقيقة إختلاف الحضارات و ضرورة إحترامها رغم ذلك من جهة، ووعيها أن الإستقرار في العلاقات والتقدم في مختلف المجالات ليس بموجب العزلة و الإنغلاق وإنما الإنفتاح على العالم وحق البلدان النامية في المشاركة لصنع القرار من جهة أخرى، وإن مثل هذا الإستثناء هو بعيد إن لم أقل مستحيل التحقق في ظل مجتمع سادته العولمة الإقتصادية[4].

[1] – المرجع السابق، ص 55-56.

[2] – لتفصيل أكثر حول النظام الإقتصادي الدولي الجديد، و معنى التنمية، راجع مؤلف الفقيه محمد بجاوي، من أجل نظام إقتصادي دولي جديد، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1981، ص 168 و ما بعدها.

[3] – راجع، أ.د. محمد بجاوي، المرجع السابق، ص 175 و ما بعدها.

[4] – لتفصيل أكثر حول العولمة الإقتصادية، أنظر د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية و سيادة الدولة، دار الكتب و الوثائق الفكرية، 2005، ص 119 و ما بعدها.

الفرع الثالث: الإطار الجديد للتعاقدات الدولية:

أود من خلال هذا الفرع إعطاء نظرة مستقبلية ينبغي مراعتها من قبل المتعاملون الدوليين .

إنه من الصعب أن يتحقق التحول نحو نظام قانوني أكثر فعالية يتماشى مع التطورات المستجدة على الصعيد الدولي دون قيام " قناعات جديدة لأن" خصوصية القانون الدولي وفعاليته تكمن في أن القواعد التي تكونه يجب أن تكون مقبولة عالمياً، وفي هذا الصدد يجب حصول موافقة كل الدول على محتواها وفي حالة تعذر ذلك، ضمان مشاركة الكل على قدم المساواة في مختلف مراحل إعداد تلك القواعد " [1]، والمؤكد أن مثل هذا التصور ليس له من أساس إلا الإيمان بعدالة الحضارات وحق الإختلاف.

ومن ثم فإن الخروج من ضائقة الطرح الكلاسيكي يقتضي بالضرورة تجاوز نظام الإمتيازات الدولية وتحطيم التحليل البرغماتي المبني على العمليات النفعية الضيقة، ذلك أن عقد الإمتياز قد إحتل الصدارة والمكانة المرموقة في تعاملات الشركات الكبرى مع البلدان في طريق النمو إلى درجة أنه كان الإطار الوحيد والأمثل " والتقنية الوحيدة المتاحة خاصة في المواد البترولية حيث تبني المحكمين هاته التقنية وعملوا على تدويلها وساعدهم في ذلك القوى الحمائية للشركات المتعددة الجنسيات [2].

ثم إن قدم هذه التقنية وسيطرتها والعمل على إبقائها من قبل الشركات الكبرى المهيمنة على السوق الدولي من الأمور التي دفعت إلى التفكير في تحسينها و/أو التخفيف من حدة وطأتها، وبين هذا وذاك بدأت تظهر جلياً آثارها السلبية وبوادر التفطن إلى عيوبها وبالتالي ضرورة الإستغناء عنها وتجاوزها لفائدة تقنية أو تقنيات أخرى قانونية أكثر ملاءمة.

من الناحية بدا أقل الموازين في الخمسينات مع "أفكار أنريكو ماتي" Enrico Mattei الرئيس السابق للشركة إيطالية ENI التي زعزعت أسس النظام التقليدي، وكان ذلك سعياً منه لفتح أمام إيطاليا أبواب الصناعة البترولية المتمركزة في بلاد الشرق الأوسط والتي كانت تحت هيمنة الكارتلو، ومن ثم فإن العقود التي أبرمتها شركة ENI مع الشركات الوطنية لكل من إيران، العراق، مصر، العربية السعودية وليبيا، جاءت بقواعد جديدة وتجاوزت مفهوم وميكانيزمات نظام الإمتياز، فشركة ENI حسب تلك الإتفاقات لا تدع أي حق ملكية لا على الأسهم المنمية ولا على المساحة المستغلة، وإكتفت بدور المتعامل في إطار شركة مختلطة تخضع لقانون البلد المنتج [3].

فالتطور الذي حصل كان من شأنه العمل على تغيير المفاهيم القانونية التي تحكم العلاقات التعاقدية درءاً للضرر وإعمالاً لقاعدة التوازن في المصالح، إلا أن رفض التعامل في ظل هيمنة عقود الإمتياز لم يكن رفضاً له كتقنية قانونية بل لأنه إستعمل خصيصاً لخدمة طرف واحد فقط وعلى أساس أنه كان من الأدوات، القانونية التي كرست مفهوم عدم التكافؤ الإقتصادي بين الأطراف المتعاقدة في ظله، أو بمعنى آخر مفهوم الهيمنة الإقتصادية

[1] : د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 34.

[2] : مرجع سابق، ص 35.

[3] : لاحظ د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 36

وعلى هذا الأساس ذاعت المقولة التالية " إذا كان تاريخ البترول هو تاريخ الأمبريالية فإن عقد الإمتياز كان خامها الوفي [1]"

Si l'histoire de imperialisme et intimement liée à l'histoire du pétrole le contrat de concession est son fidel serviteur

فالتطور الحاصل كان من نتائجه أيضاً إفراز عدة مجابهات خلال العقود الأربعة الماضية إلى درجة تسييس العلاقات التعاقدية تبعه تدخل متعدد الأشكال للدول الغربية إما للتكفل بالدفاع عن مصالح الشركات التابعة لها أو للإدعاء والمطالبة بإمتيازات نوعية كحرية الملاحة بعد تأميم قناة السويس [2]، وسار التحول نظراً لعدة عوامل أدت إلى قلب الموازين تدريجياً وتغيير النظام المفروض من قبل عمداء الكارتل، منها حرب البترول وإكتشاف منابع أخرى جديدة للبترول، ودخول السوق من قبل شركات أخرى- خاصة الإيطالية واليابانية- إلى إرساء مفاهيم جديدة فالمطالب التي كانت دائماً محل نزاع مثل المراجعة الدولية للإشتراطات الرئيسية للعقد والنظام الجبائي والسعر العلني وقوننة الإنتاج ومراقبة أنشطة الشركات أصبحت حقوقا مكتسبة [3]، وظهرت صيغ أخرى من التعاقدات كعقود المشاركة وعقود التعاون وعقود المساهمة

contrats de partenariat et contrats de coopération et les contrats de participation.

ومن ثم كان ضرورياً على الأوضاع الكلاسيكية أن تتكيف مع المحيط الدولي الجديد وتقديم صياغة قانونية تطبيقية مناسبة، وعلى الدول النامية أن تساهم في التطور المطلوب ضمن الأجهزة الدولية الفاعلة الموجودة وتقدر دورهـــا ومسؤوليتها في تمثيل مصالح شعوبها، والدفاع عنها لتجسيد سيادتها الحقيقية [4]، وإن الحد من حرية الدول الغربيـــة المهيمنة حتمية يفرضها واقع تطور المجتمع البشري " إنه في جميع الأحوال التي توجد فيه مصلحة ذات قيمة حقيقية للمجتمع الدولي فإن حرية الدول يجب الحد منها عاجلاً أو آجلاً بما يتناسب مع أهمية هذه المصلحة[5]" وتأسيـــساً على ما سبق عرضه فإن الحاجة تظل كاملة لقانون يرجع إليه [6].

وليس لنا في النهاية إلا القول بأنه وعلى الرغم من أن المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية قد تجد بغيتها وظالتها في أعراف وعادات، التجارة الدولية أو في نصوص إتفاقية دولية للقانون الموحد أو في عقد نموذجي أعدته إحدى اللجان أو الهيئات المهنية إلا أنه مازال هناك وقت طويل حتى يمكن الإعتماد على تلك القواعد بصورة كلية ومستقلة في إيجاد الحول لما يطرح من مشاكل على مستوى العقود الدولية، رغم التطورات الكثير التي شهدتها تلك القواعد، حتى أصبحت تشكل في الآونة الأخيرة نظاما قانونيا[7]،

وقد جاء في مؤلف الأستاذ **بول لاليف** Un grand arbitrage entre un gouvernement et deux sociétés prives étrangères de droit international.

---

[1] : المرجع السابق، ص 36، 37.

[2] : المرجع السابق، ص 37.

[3] : راجع تفصيلاً معمقاً في هذا رسالة أستاذي، د. زروتي الطيب، مشار إليها سابقاً ص 498.

[4] : مرجع سابق، ص 499 وما بعدها.

[5] : رسالة د. بن عامر تونسي، مشار إليها سابقاً ص 11.

[6] : المرجع السابق، ص 308.

[7] : د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

إقتراح بهذا القانون حيث يقول " إن القانون المقترح من قبل أنصار تدويل العقد الدولي ما هو إلا نظام قانوني ثالث لا يزال في طور التكوين، وإنه يقع في وسط الطريق بين القانون الدولي بالمعنى الضيق والقانون الداخلي ويستمد مضمونه جزئياً من القانون الداخلي وجزئياً من نصوص العقد بنفسه وجزئياً آخر من المبادئ العامة، وهو مستجيب للتطور والعلاقات الإقتصادية التجارية الدولية، كما أن من شأنه هدم التفرقة التقليدية بين النظام القانوني الداخلي و النظام القانوني الدولي وذلك بإضافة نظام ثالث جديد [1].

إن حقيقة الوضع الحالي لتنظيم العقد الدولي، تؤكد عكس ما ذهب إليه نفر من الشراح من أن الوقت قد حان للإعتراف بوجود قانون ذاتي للتجارة الدولية مستقل عن القوانين الوطنية كفيل بتقديم تنظيم ملائم للعقد الدولي، فالواقع أن ذلك القانون لم يتعدى وجوده ذهن ومخيلة أنصاره فهو من حيث الواقع مازال في بدايته أو في الطور الأول لتكوينه و لم يكتسب بعد صفة النظام القانوني الكامل حيث يعتريه العديد من النقائص وتشوبه ثغرات [2] خاصة وأن المنهج الموضوعي لا يحتوي على قواعد كافية، يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهو يخلو من القواعد القانونية التي تحكم بعض المسائل رغم أهميتها مثلاً أهلية الأطراف، التراضي، التقادم المسقط...إلخ، وهذا ما يؤكد بقاء الحاجة إلى المنهج التقليدي.

وإن بهذا أعتقد أن العقد الدولي لازال يراوح مكانه بين فكرتين التوطين والتدويل ما لم تكن هناك تدويل عالمي وعادل.

إن العالم ينقسم إلى طائفتين من الدول: الطائفة الأولى دول متقدمة تمتلك المال والعلم والتكنولوجيا، والطائفة الثانية دول نامية تفتقر أغلبها إلى المال والعلم والتكنولوجيا، و يمتلك عدد قليل منها المال لكن لا علم و لا تكنولوجيا عندها، والمال والعلم والتكنولوجيا هما مقومات التنمية الشاملة، والمال أقلهما شأنا " لأن من يملك العلم والتكنولوجيا يمتلك التقدم والرخاء، ومن يفقد العلم والتكنولوجيا يظل في نطاق التخلف ولو كان يمتلك المال الوفير"[3].

ولا بأس أن نشير ونحن نناقش مدى ملاءمة هذا النظام الجديد –التدويل- ومراعاته لمقاصد الأمم المتحدة والتي في مقدمتها، التنمية، العدل، المساواة، ...إلخ، نشير إلى فكرة في غاية الأهمية والأثر على تلك المقاصد والطموحات آلى وهي العولمة الإقتصادية.

أولاً: تأثير العولمة الإقتصادية:

إن الإتجاه نحو العولمة قديم قدم التوسعات الإمبراطورية[4]، إلا أنه يعتبر البعد الإقتصادي هو البعد الرئيسي للعولمة والتي تعتبر أساسا عملية إقتصادية، و تعدد مظاهر العولمة الإقتصادية، فهناك التجارة

[1] : جاء ذكره في أطروحة د. بن عامر تونسي، مشار إليها سابقاً ، ص 309.

[2] : لاحظ تحليل معمق لهذا الموضوع، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي...مرجع سابق، ص 393، ويقول في تقييمه لذلك النظام الجديد، في مؤلفه نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 371 على أنه "نظام قانوني غير كامل أو هو نظام قانوني كالجنين في دور التكوين".

[3] – أنظر د.محسن شفيق، المرجع السابق، ص 40 و ما بعدها.

[4] – و التي حدث من خلالها توحيد فعلي للعالم إثر التوسعات الإستعمارية، إذا تم إلحاق البلاد الزراعية المستعمرة للدول المستعمرة كهولندا و البرتغال و إسبانيا، و في مرحلة تالية بفرنسا و بريطانيا، و أخيرا بالولايات المتحدة و كان من نتائج هذا الإلحاق المفروض إنقسام العالم إلى قوة مسيطرة، و قوة مسيطر عليها، تفصيلا حول موضوع العولمة الإقتصادية، راجع د. السيد عبد المنعم المراكبي، المرجع السابق، ص 119 و ما بعدها.

الإلكترونيـــة، ومنظمات الأعمال الدولية، وظهور مصانع ومنتجات ذات طابع دولي، وظهور ما يسمى بعولمة الإنتاج والمنتجات من خلال التجارة الخارجية والإستثمارات الأجنبية المباشرة، وعولمة النشاط المالي حيث تمت عولمة البنوك وكذا العمليات المصرفية بجميع أنواعها، وتمت إندماجات بين الشركات المتعددة الجنسيات، مما أدى إلى بروز نمط تنظيمي وإداري متجاوز للحدود بين الدول، حتى غدا العالم أشبه بقرية من علاقات جوار وتقلص في الزمان والمكان[1] .

وقد برز الإندماج على المستوى الدولي من خلال ثلاث منظومات: الأولى هي **المنظومة المالية**، حيث أصبح العالم كله تحكمه سوق واحدة لرأس المال، إذ تحكمه بورصة عالمية واحدة بالرغم من تعدد مراكز نشاطها والمنظومة الثانية **هي المنظومة الإعلامية والإتصالية** والمنظومة الثالثة: وهي **المنظومة المعلوماتية**.

إن التطور العام أدى إلى تبلور وسائل جديدة للسيطرة على صعيد عالمي عن طريق ما أطلق عليه إسم **الإحتكارات الخمسة** وهي[2]:

1/ إحتكار التكنولوجيا المتقدمة وفائقة التقدم، مع السماح للأطراف بالإنتاج من الباطن للسلع التي لا تستخدم فيها تكنولوجيا متقدمة أو إنتاج الأجزاء التي لا تحتاج إلى تكنولوجيا فائقة مع توريد هذه التكنولوجيا إليها حتى تتحكم في هذه الصناعة.

2/ إحتكار المؤسسات المالية ذات النشاط العالمي، وهو مكمل للإحتكار الأول عن طريق الأول عن طريق الهيمنة على مراكز التصنيع.

3/ إحتكار الحصول على الموارد الطبيعية وإستخدامها والتحكم في خطط تنميتها، والسيطرة على أسعارها والهيمنة على الدول المنتجة لها.

4/ إحتكار وسائل الإعلام على مستوى عالمي للتأثير في الرأي العام عالميا وإقليمياً.

5/ إحتكار الوسائل العسكرية التي تتيح التدخل لتطبيق الهيمنة بالقوة إن تطلب الأمر ذلك.

وتعد الولايات المتحدة الدولة المحتكرة الأولى والرئيسية لجميع وسائل السيطرة، فهي الحاملة للواء الرأسمالية بعد الحرب العالمية الثانية، والمبشرة بالنظام العالمي الجديد والعولمة بعد إنهيار الإتحاد السوفياتي بالهيئات الدولية البنك وصندوق النقد الدوليين ومنظمة التجارة العالمية، وغير ذلك من منظمات دولية وإقليمية، وغدت تتصرف في شؤون العالم كمحامية لإستقراره و أمنه[3].

ولابأس أن نشير إلى منظمة التجارة العالمية والإتفاقيات المنشأة لها وأثرها على التدويل لتجعل منه مفروض أو على الأقل موافق ومكرس لمصالح الدول المتقدمة ولو على حساب الدول النامية.

---

[1] – المرجع السابق، ص 120.

[2] – د. السيد عبد المنعم المراكبي، المرجع السابق، ص 121، و قريب من ذلك المعنى د. عادل المهدي، المرجع السابق، ص 41 و ما بعدها.

[3] – أنظر د. السيد عبد المنعم المراكبي، المرجع السابق، ص 124 و ما بعدها.

ثانيا: أثر منظمة التجارة العالمية على نظام التدويل:

إن الذي أود التركيز عليه في هذا الصدد هو أثر منظمة التجارة العالمية على الدول النامية لاسيمـــا العربية منها، إنه ومما لاشك فيه أن إتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية تنطوي على تحويل قدر من صلاحيات إتخاذ القرارات الوطنية في عدد من المجالات إلى المنظمة الدولية[1]، إذ أنها على الأقل أوجدت على الدول ضرورة التشاور معها قبل إتخاذ القرارات المتعلقة بالتجارة الدولية أو التي تؤثر على إلتزامات الدول في إتفاقية منظمة التجارة العالمية، ومن أمثلة ذلك تحديد أنواع الدعم المسموح به والدعم المحظور، والإشتراطات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية التي تحول دون إلزام المشروع الأجنبي بأهداف متعلقة بالتصدير أو المكون المحلي، أو ربط التعريفات الجمركية عند حدود معينة، بحيث لم يعد بإستطاعتها النظر فيما تم تثبيته من تعريفات وما يتوافق ومصالحها الوطنية[2]، ومعظم الدول العربية وفي ظل تنامي دور الشركات متعددة الجنسيات، وبروز صندوق النقد والبنك الدوليين، وتنامي دورهما في إدارة المديونية للدول في ظل إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، والتي لم يكن أمام الدول النامية عموما والعربية خصوصا إلا الموافقة عليها وعلى حساب سيادتها التي ستتآكل حتما[3]وذلك ما يمكن إعتباره تدخلا في شؤونها الداخلية السياسية والإقتصادية والتشريعية وغيرها، فقد ألزمت الدول النامية في معظمها الصراط غير المستقيم الذي فرضته عليها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وتم إدماجها قسرا في النظام الإقتصادي العالمي حيث وجدت نفسها في منافسة غير متكافئة.

والجدير بالملاحظ هو أن فكرة التدويل أضحت حقيقة لا مفر منها لاسيما في وقت باتت فيه الدول غير متكافئة من حيث الوزن الإقتصادي ومن ثم التأثير على القرارات في المحافل الدولية، وهذا ما ترتب عنه حتما تجاهل المنظمة العالمية للتجارة حقيقة الموازنة بين مراكز الدول ومن ثم المصالح وهذا ما طمسته فعلا العولمة.

وإني رأى من غير المتوقع وجود نظام عادل في ظروف تغيب فيها مشاركة الدول النامية في اتخاذ القرار من جهة والإيمان المطلق بحقيقة إختلاف الحضارات وضرورة إحترامها من جهة أخرى.

[1] – لاحظ نتائج و إتفاقات دورة أورجواي لاسيما، إتفاقية المنتجات الزراعية، إتفاقية المنسوجات و الملابس، إتفاقية تحرير التجارة في السلع الصناعية، إتفاقية تحرير التجارة في الخدمات، إتفاقية تحرير الإستثمار الأجنبي، إتفاقية الملكية الفكرية.... تعليقا على ذلك راجع المرجع السابق، ص 219 و ما بعدها.

[2] – د. السيد عبد المنعم المراكبي، المرجع السابق، ص 270 و ما بعدها.

[3] – د. عادل المهدي، المرجع السابق، ص 309 و ما بعدها.

خـــاتمـــة:

ليس لنا ومن بعد الذي أوضحناه لاسيما في تحديد المركز القانوني للعقد الدولي بين نـــزعتين متعاكـــستين في الإتجاه والأهداف – فكرتي التوطين والتدويل- إلا أن نخلص وبكل موضوعية إلى أن العقد الدولي يتعـــاظم دوره على الصعيد الدولي بإعتباره أداة تنظيم التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الإقتصادية عبر الحدود، بل هو نظـــام قائم بذاته يجسد العلاقات الإقتصادية ويعتبر أحد أدواتها القانونية، تشكله قوى عديدة بحيث تتفاعـــل وتتكامـــل وتخصص له أحكام نوعية.

ونظراً لمركز العقد الدولي الحساس والفعال فإن إعداده وإبرامه يستلزم وضع إستراتيجية تأخذ بالحسبان كـــل العناصر المتعلقة بالبيئة الأجنبية وثقافتها وأيديولوجيتها وتنظيماتها الـــسياسية والإداريـــة والإجتماعيـــة الـــشديد بالعلاقات بين الدول والقدرة على سبر غور هذه العلاقات ومعرفتها وفهم تركيبتها إلى جانب المـــسائل التقنيـــة المتعلقة بعملية التعاقد ذاتها.

إن هذا التصور ناتج من استقراء وتقصي الحقائق التاريخية والتطورات التي عرفها ميدان التجارة والمبـــادلات الدولية والتي كان لها تأثير كبير على مفهوم العقد الدولي الذي عرف بـــدوره معركـــــة التـــوطين وحـــرب التدويل، وحسب إعتقادي أن الأمر لا يتعلق بتفضيل منهج على آخر أو الإنحياز إلى طرح دون سواه، ذلـــك أن العقد الدولي قد تظافرت في تكوينه آراء وأفكار كل من هؤلاء وهؤلاء، وبإعتباره يهدف إلى تجسيد الإستقرار في العلاقات الإقتصادية الدولية وأن تفعيله بالضرورة يقتضي تداخل وتكامل المعايير القانونية والواقـــع الإقتـــصادي وينفرد بأحكام نوعية قد تستمد من إرادة الأطراف المتعاقدة بالإستناد إلى الأنظمة القانونية أو قواعـــد القـــانون الدولي أو ما درج عليه التعامل والممارسة وعمل المهنيين.

وفي هذا النسق تبدو ضرورة وضع إستراتيجية تأخذ في الإعتبار كل الجوانب المتعلقة، بهذا النظام القانوني من حيث تحديد العناصر المتعلقة بالبيئة التي تتم فيها العملية وبالخصوص ثقافتها وتنظيماتها.

إن تأصيل مفهوم العقد الدولي يقتضي حتماً الأحاطة بالعناصر المبينة أعلاه تماشياً مع تطور حركـــة المجتمـــع الدولي المعاصر ضمن منهج شمولي، وتجاوز عقبات وقصور الطرح الجزئي والخلافات المنهجية.

أما عن القواعد القانونية المطبقة على العقد الدولي، فسواء تعلق الأمر بإخضاعه لنظـــام التـــوطين أو لنظـــام التدويل، فإن الأساس والمرجع الرئيسي يعود في ذلك إلى مبدأ حرية إرادة الأطراف المتعاقدة بحيث أن هناك إجماع على هذا المبدأ مع ملاحظة أن مفهوم قانون الإرادة في القانون الدولي يختلف عنه في القانون الـــداخلي، فقـــانون الإرادة في هذا الأخير منشأه نص موضوعي خاص بالعقود الداخلية ومرده إلى قاعدة عامـــة هـــي أن العقـــــد شريعة- قانون- المتعاقدين، بينما في القانون الدولي فمرجعه إلى القاعدة التي تسمح لأطراف العقد الدولي باختيار القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تجمع بينهما.

ثم إن العقد الدولي بإعتباره نظام قانوني تخصص له أحكام نوعية يتنافى مع فكرة العقد الدولي العائم أو العقد بدون قانون "Le contrat flottant ou contrat invacio" القائلة بأن العقد الدولي يستمد أحكامـــه مـــن

البنود الإلزامية الواردة به، فالقول بهذه الفكرة ليس فقط مروج لخلق جو من الفوضى القانونية، وإنما هو فـضلاً عن ذلك نفي في ذات الوقت للأنظمة القانونية بما في ذلك كل من نظام التوطين وحتى التدويل بل هو نفي للعقد الدولي نفسه فالإتفاقات كما هو مستقر فقهاً وقانوناً وعلى حد تعبير الفقيه Batiffol لا تكتسي قوة إلزامية إلا إذا كانت قد أبرمت طبقاً للقانون وإحترمت حين إبرامها الحدود المقررة لها قانوناً.

ولو أن قانون التجارة هو بديل ملائم لحكم العقد الدولي، فإن ذلك وإن كان هذا الأخير يفلت من هيمنـة قانون الدولة Loi etatique فهو لا يفلت بالضرورة من نطاق هيمنة القانون Droit بمعناه العام والـذي قـد وجد خارج مجتمع الدولة ضمن نظم قانونية أخرى، وهذا ما يتجه إليه الفكر القانوني المعاصر في مجـال التجـارة الدولية، أي الإتجاه نحو تكوين نظام جديد قوامه قواعـد موضـوعية أو ماديـة règle substantielle ou matérielle تشكل في النهاية النظام البديل للتوطين بل والمقصى له.

لكن لسنا نغالي كما أننا لسنا من المتحيزين لنظام معين وإنما الحقيقة الواجب إظهارها، هي بقاء الحاجـة إلى القانون الوضعي الرسمي، فنعم أن العقد الدولي يقتضي نظاماً قانونياً ومعاملة أكثر يسراً من العقود الداخلية و لكن لا يفلت بسبب ذلك أبداً من ضرورة رقابة المشرع وكذلك القاضي، وذلك من أجل حماية حقوق الغير والمصالح العامة لكل مجتمع يرتبط أو يتصل به العقد بل وتجنب إستغلال وسيطرة القوي للضعيف، فـسيطرة إرادة معينـة تجعل مخاطرة إساءة إستعمال السلطة أمراً هاماً على نحو لا يمكن معه أن نسمح بإفلات العقد أو على الأقل تعاليه من رقابة المشرع.

كما أنني لست مروجاً لنظام الإسناد إن قلت وبحق أن قاعدة الإسناد بريئة من عدم ملاءمة القانون الوضـعي لحكم العقود الدولية، لاسيما وأنه إذا كنا قد أثبتنا فساد المحاولات التي إستهدفت الحد مـن إختـصاص قـانون الإرادة وفك قيد العقد من سلطان القانون الوضعي أو قانون الدولة، سواءاً بالكفاية الذاتيـة للعقـد، أو الـدور الإحتياطي لقانون العقد، بتجميد هذا الأخير في الزمان، أو ما يسمى بالثبات التشريعي، إدماج قانون العقد فيه- تفعيل المتعاقدين لأزمة قانون الإرادة- فإن الواقع يثبت عكس إدعاء الذين إعتبروا مثالب قاعدة الإسناد هي سبب تلك الأزمة، لأننا نلاحظ من ناحية أن القاضي عند إعماله لمنهج قاعدة الإسناد لا يهمل تماماً المقارنـة المـسبقة للمضمون الموضوعي للقوانين التي تتزاحم على حكم العقد الدولي، قبل أن يقرر أنها أكثر ملاءمة لحكم العقـد، بدون أن تشوهه، ومن جهة أخرى فإن منهج القواعد الموضوعية لا يظهر عيوب المنهج التقليـدي بقـدر مـا يكشف فن مثالب القوانين الوضعية، وإذاً فالأزمة ليس مردها لقاعدة الإسناد ولكن للقوانين الوضعية ذاتهـا، ولا أغالي إن قلت أن قاعدة الإسناد لازالت هي المهيمنة على تنظيم العقد الدولي ، لأن في ذلـك المنفـذ الوحيـد والركيزة الأساسية التي تحمي ثروات الدول من النهب المقنع في ثوب التدويل.

ولحد اللحظة ولا يزال كذلك العقد الدولي بين نظامي التوطين والتدويل يتراوح، فهو لم يفلت من التـوطين كلياً و لم يحظى بالتدويل الشامل الكامل لكل جوانبه وأننا مع الذين يقولون — على رأسهم د.احمد عبد الكـريم سلامة وأستاذي الفاضل د.زروتي الطيب- ضد أولائك الشراح المدعين بأن الوقت قد حان للإعتراف بوجـود قانون ذاتي ومستقل للعقد الدولي عن القوانين الوطنية، وكفيل بتنظيم ملائم لها، فالواقع أن ذلك القانون لم يتعدى

وجوده ذهن ومخيلة أنصاره أي هو حلم، وهو من حيث الواقع مازال في بدايته أو في الطور الأول كالجنين لتكوينه و لم يكتسب بعد صفة النظام القانوني الكامل وهذا ما يؤكد قصوره هو الآخر، ويؤكد من جهة أخرى بقاء الحاجة إلى المنهج العريق خاصة وأن العلاقة بين المنهجين – التقليدي والموضوعي- ومن ثم بين النظامين – التوطين والتدويل- هي علاقة تجاور وتعايش بغية الوصول إلى أفضل تنظيم أو تسوية لمشكلات العقود الدولية.

ومهما يكن من خلاف فإن العقد الدولي لا يمكنه أن يفلت من سلطان القوانين الوضعية كي يخضع لتنظيم ذاتي يجد أساسه في عادات وأعراف التجارة الدولية وذلك في المرحلة الراهنة لواقع العقود الدولية، بل لا نتجاوز الحقيقة إذا قلنا أن تلك القوانين ستظل تحكم سيطرتها على العقد الدولي، وذلك لفترة زمنية غير قصيرة سوف يحدد لنا تطور الفكر القانوني منتهاها.

وإنه من الصعب أن يتحقق التحول نحو نظام قانوني أكثر فعالية يتماشى مع التطورات المستجدة على الصعيد الدولي دون قيام قناعات جديدة، لأن خصوصية القانون الدولي وفعاليته تكمن في أن القواعد التي تكونه يجب أن تكون مقبولة عالمياً وفي هذا الصدد يجب حصول موافقة كل الدول على محتواها وفي حالة تعذر ذلك ضمان على الأقل مشاركة الكل على قد المساواة في مختلف مراحل إعداد تلك القواعد، ومثل هذا التصور لا يجد أساسا إلا بالإيمان الحقيقي بعدالة الحضارات على إختلافها وحق الإختلاف وأن في هذا الأخير رحمة، وهذا ما هو صعب التحقق حسب رأيي إن لم أقول مستحيلا لاسيما في ظل عقليات تكتنف من الأنانية ما تجعلها لا تقبل بذلك الإختلاف على طول.

هذا لنا من خلال هذه الدراسة أن نبدي النتائج التالية:

1/ لا ننكر أبداً وعلى خلاف العديد من النظم التي يحددها وينظمها القانون، بأن العقد لا يقتضي لوجوده، وبقائه تدخل سلطة خارجية، فهو نظام قانوني خاص قادر وذلك بإعتراف المشرع نفسه ومنذ أن إعتمد مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية فردية، يلتزم بها الأطراف المتعاقدة ومن هنا كانت قاعدة العقد شريعة- أو قانون- المتعاقدين، ولكن لا نغفل أبداً الواقع العملي الذي يكشف حقيقة بعض العقود رغم أهميتها التي سلب فيها التراضي بضغط أو إكراه إقتصادي أو بغض، بل وفرضت فيها إلتزامات تتجافى وما تمليه العدالة، وعندئذ تكون الحاجة إلى القانون ضرورة ملحة لإعطائه للعقد قانونيته وهنا يكون من غير المقبول حرية الأطراف المطلقة التي لا تهدف إلى تحرير العقد فحسب وإنما إلى حرمان أطرافه من الضمان والحماية المكرسة قانوناً، لاسيما وأن أطراف العقد تختلف مراكزها الإقتصادية.

2/ إن ما حصل ولا يزال قائم من تبريرات و دفوع متبادلة بين أنصار النظامين- التوطين والتدويل- ليس هو تنافس للوصول إلى إرساء قواعد أكثر ملاءمة لحكم العقد الدولي وتحقيق الإستقرار في المعاملات الدولية وإنما، هو صراع يهدف كل طرف فيه إلى بلوغ أهداف معينة، يرى من غير الممكن تحقيقها لو تقاسم مع النظام الآخر تنظيم العقد الدولي، وهذا ما يؤخر في إكتمال تكوين النظام القانوني الجديد، فنعم هناك قصور في نظام التوطين لاسيما بعد أن شهد الأزمة الموضوعية سواءاً أزمة نظام الإسناد أو أزمة قانون الإرادة وتقطيعه، وكذلك الأزمات

الثلاث التي ساهم المتعاقدون في تفعيلها، فضلاً عن تزايد الدعوات الفردية والجماعية إلى هجر ذلك النظام لعـــدم ملاءمته، وإفساح المجال لمنهج القواعد الموضوعية، لكن كل هذا ليس كافي لتبرير إقصاء نظام مؤسس على منـــهج عريق، في الساحة التعاقدية، وهذه النتيجة الأخيرة لها ما يبررها لأن الحاجة إلى منهج الإسناد لحكم العقود الدولية كانت ولازالت وستظل لأن نظام التدويل لم يكتمل بعد وهو بذلك إن لم يعتمد إعتمادا كليا على ذلـــك الأول فعلى الأقل في بعض المسائل التي لم تشتملها قواعده بالتنظيم، فهو بحاجة إلى تطعيم مستمر ما لم يفطم.

3/ إن القواعد الموضوعية لها أصل تاريخي عرفتها الحضارات القديمة وإن كانت محدودة المصادر ضيقة النطاق في التطبيق نظراً لطبيعة الظروف وغلبة مبدأ إقليمية القوانين وهيمنة منهج قواعد الإسناد، كما ساهمت حـــضارة الإسلام وشريعتها السمحاء في قواعد القانون عموماً وإن كان في صورة مختلفة على صعيد الألفاظ والمصطلحات والصياغة التشريعية، وإن كان هذا فلماذا لا يكون اليوم ويعمل الفقه العربي الإسلامي علـــى تـــشييد القواعـــد الموضوعية كمنهج أصيل إسلامي لاسيما وأن الدراسات أكدت تفوق منهج الشريعة الإسلامية.

4/ إن الدراسات لاسيما مناصري نظام التدويل بالغت في تأكيد تحقق اليقين القانوني بنـــاءاً علـــى وجـــود القواعد الموضوعية، ولكن إذا كنا نتفق مع بعض الدراسات في أن وجود القواعد الموضوعية من شأنه زيادة درجة اليقين القانوني عن الحال الذي نلجأ فيه إلى المنهج التقليدي فإننا نؤكد في هذا المقام أنه لا يوجد يقـــين قـــانوني مطلق على وجه الإطلاق، وأنه لا يمكن تصور الحل النهائي لأية منازعة رغم وجود القواعد الموضـــوعية المعنيـــة، نظراً لإرتباط الحالة بعدة أمور أخرى منها طريقة قيام القاضي أو المحكم بتفسير القواعد المعنية.وطريقـــة تكييفـــه الوقائع المعروضة عليه قبل إدخالها في أحكام موضوعية معينة،....إلخ، فحتى في نطاق القانون الـــداخلي، ومـــع وجود محكمة النقض في غالبية دول العالم لا يوجد يقين قانوني مطلق- حيث لا يوجد ثمة قيد على محكمة النقض في تغيير ما إستقرت عليه من مبادئ، إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك، إذاً فاليقين القانوني نسبي في كل الأحـــوال، ولكن وجود القواعد الموضوعية يزيد نسبته على أي حال .

5/ ما تجدر الإشارة إليه، هو إمكان إعتبار القواعد الموضوعية بمثابة نظام قانوني متكامل وشامل وقادر علـــى حسم كافة منازعات العقود الدولية، أنه حال وجود إتفاقية دولية في مجال معين، فإن تطبيق القواعد الموضـــوعية الواردة فيها لا يثير ثمة مشكلة في هذا الصدد حيث تبادر السلطات المختلفة في الدول الأطراف في هذه الإتفاقيـــة إلى الإلتزام بالقواعد المعنية كل في مجاله، ولكن يدق الأمر عند عدم وجود إتفاقية دولية، وعنـــد عـــدم وجـــود نصوص تشريعية وطنية تشير بتطبيقها على وجه صريح أو ضمني، هنا يثير تطبيق القواعد العرفية المعنية الكثير من المشاكل سواء على المستوى النظري أو على المستوى العملي، لذلك فإن قبول القواعد العرفية يقوم أساساً علـــى تسامح الدولة بتطبيقها والسماح بتنفيذ أحكام المحكمين القائمة عليه رعاية لمصـــالح الـــدول المعنيـــة في هـــذا الصدد، ولكن مع ذلك لا يزال السؤال مطروحا حول الحالة التي تتسامح فيها دولة معينة إما بتطبيـــق القواعـــد الموضوعية أو بتنفيذ الأحكام المؤسسة عليها، ومثل هذا الوضع يدفع بالضرورة إلى زيادة التشريعات الداخلية التي تحوي تنظيماً موضوعياً مباشراً للعلاقات الدولية، لاسيما في مجال العقود، وذلك لتحقيق اليقين القانوني للمتعاملين

في التجارة الدولية، حتى يكونوا على علم تام بالأحكام الموضوعية التي ستنظم علاقاتهم، وبالمثل فإن الحاجة تلك تدعو الدول إلى إبرام إتفاقيات دولية، بحيث تحتوي هذه الأخيرة تنظيماً موضوعياً شاملاً قدر الإمكان.

ولكن لتفادي عيوب هذه القواعد والتي تمس أحياناً مصالح الدول النامية- التدويل المفروض- وأفرادها بإعتبارها الطرف الضعيف إقتصادياً في العلاقة، يجب على الأقل:

أ. تنشيط دور المنظمات الدولية وعلى رأسها هيئة الأمم المتحدة لتلعب دوراً كبيراً في عملية توحيد القواعد الموضوعية تساهم فيها الدول النامية وثقافتها وترسيخ الشعور الدولي بأن الإتجاه نحو المناخ العالمي في التوحيد المتوازن والمدروس وعودته بالمصالح على كل الدول.

ب. حسم مشكلة العقود التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً فيها وتحديدها تحديداً دقيقاً سواء العقود التي يجب أن تخضع لمنهج القواعد الموضوعية، أو العقود التي تعد بالفعل من عقود القانون العام كعقود إستغلال الثروات الطبيعية والإعتراف لهذه الدولة من منطلق سيادتها على ثرواتها الطبيعية ومسؤوليتها على مقدرات شعوبها بوطنية الوسائل الفنية والقانونية، وفي نفس الوقت وضع الضمانات والتأكيدات للمتعاقد الأجنبي وتحقيق التوفيق – بين أحكام العقد والمستجدات من الظروف- والتوازن العادل بين المصالح جميعها مما يسمح بإستمرار العلاقة وإستقرارها بعيداً عن المنازعات.

ج. إنضمام جميع الدول النامية إلى إتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعددة الوسائل للبضائع لسنة 1980 التي تستخدم التكنولوجيا الحديثة حتى يكتمل النصاب والتي تتضمن قواعد موضوعية للنقل متعدد الوسائط بإعتبار هذه الإتفاقية هي نتاج كفاح وجهاد مجتمع النقل البحري والتي أسهمت منظمة اليونكتاد ورغبة وكفاح الدول النامية، ونفس الشيء إتفاقية هامبورج لسنة 1978 النافذة سنة 1992 والمتعلقة بالنقل البحري عموماً، حيث روعي فيها الروح الدولية والعالمية وتحقيق التوازن خصوصاً هذه الأخيرة ،حيث تتسم بمرونة أحكامها وحماية مصالح المشتري بإعتباره الطرف الضعيف غالباً.

د. أن يجتهد أطراف العلاقة في الدول النامية في إبرام العقود الدولية أقصى التفصيلات لتفادي الثغرات المتسبب في نشوء النزاع، لذلك نجد أن مرحلة المفاوضات السابقة لإبرام العقود تحتاج إلى خبراء فنيين وقانونيين على أكبر قدر من الكفاءة الفنية والقانونية حتى يمكنهم وضع أحسن النصوص وأفضل الشروط لمصلحة الدولة المتعاقدة، كما يجب التأكيد بإستمرار من أمانة هؤلاء المفاوضين والقانونيين لاسيما وأن الشركات الأجنبية تحاول دوماً تقديم الإغراءات لهم.

6/ أكدت الدراسات أن التحكيم أصبح محل إهتمام عالمي حيث كرس له – مع منهج القواعد الموضوعية- كبار الأساتذة جهودهم بإعتبار أن التحكيم أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية والعقود الدولية عموماً حتى لا يكاد يخلو أي عقد دولي في الوقت الحاضر من شرط التحكيم بل صار من مقوماتها وضرورة لنموها، فهو من ناحية وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي قد تثور بمناسبة عقود التنمية لصعوبة خضوع الدولة بما لها من سيادة لقضاء وقانون دولة أجنبية، وهو من ناحية أخرى يعد وسيلة ضمان وتطمين للمتعاقد الأجنبي، ومما يدعم هذه النتيجة إتجاه الفقه وقضاء التحكيم والتشريعات الوطنية والدولية ولوائح الهيئات والمنظمات الدولية إلى إعطاء

المحكم حرية واسعة في إختيار وإنشاء القواعد الموضوعية المناسبة والمساهمة في تدويل العقد الدولي، حيث أسـهم هذا القضاء في إرساء وتكريس العديد من القواعد الموضوعية، ومنها قواعد النظام العام الدولي المطلق.

ومهما بلغه التحكيم من أهمية وفعالية لاسيما منه التجاري الـدولي ، إلا أنـه تظل تعتريه عيوب ونقائص، ولتحاشي عيوب نظام التحكيم أو على الأقل التقليل منها نرى ما يلي:

أ. توحيد قواعد نظام التحكيم تساهم فيه كل الأسرة الدولية، ثم إقرار القانون النموذجي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة سنة 1985 لغلبة مزاياه وروحه العالمية وذلـك في إتفاقيـة دوليـة ليتحقق التوحيد التشريعي العالمي في مجال التجارة الدولية.

ب. نشر أحكام التحكيم أو على الأقل المبادئ التي ترسيها هذه الأحكام بإعتبار العلانية ضرورة لخلق القواعـد الجديدة للعقود الدولية، وحرصاً على السرية في بعض القضايا يمكن إستبعاد أسماء أطراف العلاقة ومنـشآتهم من الحكم ويرمز لهم برموز معينة وهذا هو الطريق الأمثل للكشف عن القواعد التي تلائم مقتضيات العقـود الدولية، بما فيها التجارية المالية والإستثمارية القائمة والمتجددة.

ج. مشاركة الدول العربية في المجامع والمؤتمرات الدولية في هذا الشأن وتوحيد رؤاها سلفاً لتكون مساهماً فـاعلاً ومؤثراً لا تابعاً منقاداً، ويجب كذلك تزويد الممثلين والمفاوضين والمحكمين في المجال الدولي برؤية مضادة لمـا يحاك لنا أو أن ينقص من حقوقنا وعلينا أن نسارع جميعاً بإتخاذ مواقف إيجابية وبناءة نبين بها وندعم وجهات نظرنا بما يكفل حقوقنا في مواجهة الدول المتقدمة وبمستوى عالٍ أمام الهيئات الدولية.

7/ إن العلاقة بين المنهج التقليدي-منهج الإسناد- والمنهج الموضوعي أي بين نظام التوطين القـائم علـى الأول ونظام التدويل القائم على الثاني هي علاقة تكامل وتعايش خصوصاً وأن فكرة التدويل لم تتمتـع بـصفة النظام القانوني الكامل بل إنه مازال يمثل نظاما قانونيا في طور التكوين أو هو كالجنين على حد تعبير الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، فيكون مثل هذا النظام القانوني مجرد ملاذ للقاضي أو المحكم المختص بنظر النزاع فيما لم يجـد بشأنه حلاً ملائماً في القانون الوطني المختار لحكم العقد، لتفسير العقد وتحديد آثاره، إذ أن الأطـراف والمحكـم نفسه يفضلون الإستناد إلى قواعد سهلة معروفة في قانون وطني محدد فدور lex mercatoria هـو دو مكمـل فقط.

وللوصول إلى مثل هذا الحل، ولو كان لنا في هذا الصدد إبداء توصية ولو وحيدة فإننا لا نكلف إلا إعـادة صياغة قاعدة الإسناد الخاصـة بالعقـود الدولية بتضمينها فقـرة تقضي بـ: "للمتعاقدين إختيار قانون أو أكثر من القوانين الوطنية ذات الصلة بالعقد، كما لهم فضلاً عن ذلك إختيار المبادئ العامة للقانون أو عادات وأعراف التجـارة الدولية، أو إختيارهم معاً كإختيار مكمل للإختيار الأصلي للقانون الوطني"، وبهذا نكون قد وازنا بين نظام التوطين والتدويل ولو أننا جعلنا الأول بالأولوية وهذا ما يعكس حقيقة أن العقد الدولي يـستقي أحكامـه وتنظيمه من النظامين.

لذلك فإن إستقلال نظام التدويل لحكم العقد الدولي يظل حلما في مخيلة و أذهان أنصاره، و إن المؤكد هو أن تلك الإستقلالية لا يكتب لها النجاح و الشمولية لحكم العقد الدولي، ما لم يكن هناك مـساهمة مـشتركة بـين

مختلف الدول و الحضارات في إنشاء قواعده من جهة، و من جهة أخرى ضرورة قبول و بكـــل قناعـــة الـــدول المتقدمة هذه الحضارات رغم إختلافها، و هنا بالذات يحصل التدويل العالمي الشامل فعلا....، و هذا مـــا يظـــل مستبعد التحقق في ظل مجتمع دولي لا يؤمن بالإختلاف، ولا زال يسبح في مستقنع التوسع و السيطرة بعيداً كـــل البعد في ذلك عن القيم الإنسانية و مبادئ العدل و المساواة.

المراجع المعتمدة

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية -مصر-، 2003.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، 2003.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية 2006.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني-السياسي-البيئي، دار النهضة العربية، 2000.

5- أحمد عبد الكريم سلامة، تمهيد في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية -مصر-، 2003.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية- القانون واجب التطبيق، دار النهضة العربية، 2001.

7- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية، 1989.

8- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية-دراسة فقهية قضائية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، 2003.

9- ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الإهتمام بالبيوع الدولية، 1975.

10- جلال وفاء محمدين، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار إتفاقات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

11- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرومة بين الدول والأشخاص الأجنبية-تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي، 2001.

12- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

13- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

14- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984.

15- سمير عبد السميع الأودن، خطاب النوايا، في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، 2005.

16- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2006.

17- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 2005.
18- صلاح الدين تايق، التجارة الدولية والتعاون الإقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، 1972.
19- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، 2005.
20- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
21- طلعة الغنيمي قانون السلام. 1995.
22- الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارن بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000.
23- الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الفكرية، تحاليل و وثائق، مطبعة الكاهنة الجزائر 2004.
24- عادل المهدي، عولمة النظام الاقتصادي و منظمة التجارة العالمية، الدار المصرية اللبنانية2004.
25- عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات، دار هومة، 2006.
26- عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة، 2005.
27- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
28- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
29- عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، دراسة في النظرية و التطبيق، ديوان المطبوعات الجامعية 1990.
30- عمر سعد الله، القانون الدولي للحدود، الجزء الأول، مفهوم الحدود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
31- عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
32- فانسان هوزيه، المطول في العقود، بيع السلع الدولي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2005.
33- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
34- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.
35- محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
36- محمد حسين منصور، العقود الدولية-دراسة تحليلية-، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.
37- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، 2004.

38- محمد مصطفى الجمال و د.عكاشة محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخليـــة، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

39- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

40- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

41- منير عبد المجيد، الأسس العامة لتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، 2005.

42- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.

43- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، 2001.

44- هشام صادق، عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

45- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص الجنسية، تنازع الإختصاص القضائي، تنـــازع القـــوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2004.

ثانيـاً: المراجع باللغة الأجنبية:

1. **Goldman: Ex Marcatoria dans les Contrats et l'Arbitrage, Clunet، 1979.**
2. **Jaku Bowski(J): Some Legal Aspecte of Industrial Co-Opeartion In Est-West Relations, Rec,Cours la Haye, 1979.**
3. **M.Batiffol: Subjectivisme et Objectivisme dans le Droit International Privé des Contrats, Choix d'Articles, L.G.D.J, 1976.**
4. **V.Ranouil: l'Atonomie de la Volonté Naissance et Evolution d'un Concept, Paris, P.U.F, 1980.**
5. **Vincent Heuzé: LA Vente Internationale de Marchandises Droit un Forme, L.G.D.J, 2005.**
6. **BOUZANA Belkacem, le contentieux des hydraucabures entre l’Algérie et les sociétés étrangères, OPU (Alger) et PUBLISUD (PARIS), 1985.**

الرسائل الخاصة بالقانون الجزائري:

1° - BOUZENA Belmkacem, le régime juridique du contentieux pétrolier et gazier entre l'état algérien et les sociétés étrangères, Faculté de droit d' AIX – MARSEILLE III, JUILLET 1980

2- بن عامر تونسي، أسس مسؤولية الدولة أثناء السلم، في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1989.

3- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتورا ة، جزءان، كلية الحقوق، الجزائر 1992.

4- لعشب محفوظ، التحول الإشتراكي في الجزائر، ومدى تأثيره على عقود الإستثمار، أطروحة جامعة الجزائر، معهد الحقوق 1988.

5- محمد جبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة جامعة الجزائر، معهد الحقوق 1988.

المقالات والمجلات:

1. أحمد القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965.
2. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، القانون التلقائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 36 رقم 03، 1998.
3. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 35 رقم 01، 1997.
4. محمد حسنين، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، الجزء 20 رقم 01، 1983.

الملحق الفرعي الأول

يتضمن التعريف بالصيغ التجارية الدولية الإصطلاحية ومعانيها

- التعريف بالصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية و معانيها:

الصيغ التجارية الدولية الإصطلاحية أنظمة متعددة ومختلفة فهناك الـــصيغ المـــستعملة في الولايـــات المتحـــدة الأمريكية وتعرف تحت تسمية التعريف الأمريكي المعدل لسنة 1941 Definition americaine revisee ذلك إن أو إستعمال لهذه الصيغ في هذا البلد كان سنة 1919 وهناك القواعد بقواعد فارســـوفيا Les regles de Varsovie والقواعد المستعملة في بولونيا والقواعد المستحدثة في تشكسلوفاكيا كما أنه في بريطانبا يوحد ما يعرف تحت تسمية قواعد أوكسفورد Les regles d'osford.

غير إن توحيد إستعمال الصيغ التجارية الدولية الإصطلاحية يعود إلى المؤتمر الذي عقدته غرفة التجارة الدولية سنة 1920 فتشكلت لجنة خاصة لهذا الغرض وقامت بنشر هذه الصيغ إبتداء من سنة 1928 وكان عددها 06 صيغ وفي سنة 1936 وضع تنظيم خاص بهذه الصيغ وقد تضمن 11 صيغة إعترضت عليه بريطانيا وأمريكا ممـــا أدى إلى تشكيل لجنة أخرى لإعادة ضبطها وقدمت اللجنة نتاج أعمالها لمؤتمر فيينا لسنة 1953 ومن التـــاريخ تم إعتماد هذه الصيغ تحت تسمية الصيغ التجارية الدولية لسنة 1953.

وتهدف الصيغ التجارية الدولية الإصطلاحية إلى إقامة مجموعة من القواعد الدولية التي يعتبر إستعمالها إختياريا بالنسبة لأطراف العقد الدولي خاصة لتوضيح إلتزامات الأطراف المتبادلة في مواد المبيعات الدولية.

وقد تم تتميم الصيغ التجارية الدولية الإصطلاحية سنة 1967 ثم سنة 1976 وسنة 1980.

الصيغ بالعربية	الصيغة الإنجليزية	الصيغة الفرنسية
التسليم في ميناء الشحن	Ex-Quai	A Quai
في المصتع	Ex Works	LUsine
ثمن التكلفة التأمين أجرة الشحن	CIF	CAF
حتى ميناء الوصول المتفق عليه	C @ F	C @ F
التسليم في ميناء الوصول	Fas	Fas
التسليم على ظهر السفينة	Fob	Fob
التسليم في مطار الوصول	Fob Aieroport	Fob Aieroport
التسليم بين أيدي الناقل	France Transportteur	Free Carrier
التسليم في المحطة	For/Fot	Franco Wagon
التسليم في نقطة معروفة	Delivred	Rendu
التسليم في نقطة معروفة على الحدود	Deliverd at Frontiere	Rendu Frontiere

ونرج فيما يلي معاني الصيغ التجارية الدولية وما يترتب عنها من نتائج:

1- **في المصنع (Al Usine EX-Works)**:

التعامل وفق هذه الصيغة لا يرتب أي إلتزام بالنقل ولا باتأمين في حق البائع بل على المشتري إن يتحمل كل المصاريف نقلاً من المصنع إلى مكان الوصول مع ما يترتب عن ذلك من مسؤوليات

2- **التسليم في نقطة معروفة (Fasou Franco Wagon/ Port de Depart Convenu Fot)**:

بموجب هذه الصيغة يزود البائع المشتري بسند الشحن ويوفر له عربة بالسكة الحديدية أو شاحنة حسب نوعية النقل ويخطر بتاريخ الإنطلاق، وبمفهوم هذه الصيغة فإن البائع يقوم بتنفيذ التعليمات التي يتلقاها من المشتري ويقع على عاتق هذا الأخير كل المسؤوليات التي يمكن إن تتبع عملية النقل ومن ثم فإن مصاريف التأمين والشحن والتفريغ يتحملها المشتري.

3- **التسليم في ميناء الشحن (Vente Fas-Franco le Long du Navire-Port d'Embarquement Convenu-Free Alonge Side Ship)**:

يقوم البائع بتسليم السلعة مع شهادة المطابقة وفقاً للإتفاق التعاقدي إلى ميناء الشحن من قبل المشتري وحسب ما هو معمول به في هذا الميناء وفي الآجال المحددة ويخبر المشتري بذلك ويتحمل البائع المسؤولية في المخزن أو المصنع إلى ميناء الشحن، بعدها يتولى المشتري العملية وما يترتب عنها من نتائج خاصة مصاريف الشحن على ظهر السفينة والتأمين والنقل إلى ميناء الوصول.

4- **التسليم على ظهر السفينة(Fob-Franco Bord Port d'Embarquement Convenu)**:

يتولى البائع بموجب هذه الصيغة تسليم السلعة مشحونة على ظهر السفينة التي يعينها لها المشتري في الميناء المتفق عليه مع تحمله كل المصاريف أما الأعباء والمسؤوليات التي تترتب بعد شحن السلعة على ظهر السفينة فتقع على عاتق المشتري بما في ذلك التأمين.

5- **حتى ميناء الوصول المتفق عليه على ظهر السفينة (Ex-Ship)**:

يلتزم البائع بتوصيل السلعة على ظهر السفينة إلى ميناء الوصول مع تحمل المصاريف المتعلقة بذلك وتوفير الوثائق الخاصة بالعملية ويخطر المستورد بتاريخ الوصول، ويتحمل المستورد النتائج المترتبة عن عملية التفريغ ونقلها إلى الموقع.

6- **المصاريف مسددة حتى توضع على ميناء الوصول (A Qua)**:

عادة ما تكون هذه الصيغة متبوعة بعبارة -مجمركة- أو -غير مجمركة- ويفيد الشكل الأول إن البائع يتحمل كل المصاريف بما في ذلك مصاريف جمركة البضاعة وتوصيلها إلى رصيف ميناء الوصول، أما في الشكل الثاني فيضمن المصدر وصول السلعة إلى ميناء الوصول ويتحمل المستورد مصاريف الجمركة.

7- **التسليم في نقطة الإرسال المتفق عليها على الحدود (Rendu Frontière)**:

تفيد هذه الصيغة إن عبء تسليم السلعة إلى المكان المتفق عليه على الحدود المحددة مع تحمل كل المصاريف الناتجة عن ذلك يقع على المصدر ويتولى المستورد بعدها الأعباء والتكاليف المترتبة عن العملية.

8- التسليم في مكان الوصول المتفق عليه في البلد المستورد بالمصاريف مسددة (Rendu):

يقع عبء نقل البضاعة وما يترتب عنها من مصاريف ومسؤوليات على عاتق المصدر ويتكفل المستورد بها إنطلاقاً من تسليمها له في مكان الوصول.

9- التسليم في مطار الوصول (Fob Aieroport):

لا تختلف هذه الصيغة عن صيغة Fob المشار إليها في النقطة رقم 4 أعلاه إلا رمن حيث وسيلة النقل حيث يستعمل النقل الجوي فميناء الوصول في الحالة الأولى هو ميناء بحري أما هذه الحالة فإن نقطة الوصول هي ميناء جوي وكذا فإن التأمين هو تأمين خاص بالنقل الجوي.

10- ثمن التكلفة وأجرة الشحن C&F:

.بموجب هذه الصيغة يلتزم البائع بتسليم البضاعة وفقاً للإشتراطات التعاقدية وكذا شهادة المطابقة كما يلتزم بإبرام عقد نقل إلى ميناء الشحن وتحدد مصاريف الشحن في ميناء الشحن ومصاريف التفريغ في ميناء الوصول ويقوم على نفقته بتحضير كل الوثائق والمستندات المتعلقة بنقل البضاعة وعبورها الحدود وتسليمها للمشتري كما يقوم بتسديد تكلفة التغليف والتعليب ومصاريف المراقبة والحقوق والرسوم وإستصدار شهادة المصدر والفاتورة القنصلية على حساب المشتري.

وإذا كانت هذه الصيغة متبوعة بعبارة-Landed- أي إلى إن توضع على المرفأ فإن مصاريف التفريغ وترتيب الوضع بالمخزن تقع على عاتق البائع.

11- ثمن التكلفة والتأمين وأجرة الشحن (Caf):

التعامل وفق الصيغة يرتب كل الإلتزامات في جانب البائع فالبائع يجب أن يسلم السلعة وفقاً للإتفاق وأن يرفق ذلك بشهادة مطابقة وعليه أيضاً أن يبرم على حسابه الخاص عقد لننقل السلعة إلى ميناء الوصول المتفق عليه وأن يدفع مصاريف الشحن والتفريغ وأن شهادة التصدير أو الوثائق التي تقوم مقامها وأن يمّكن المتعامل من سند الشحن الخاص بالبضاعة التي تم التعاقد عليها وفواتير ها ووثيقة التأمين البحري.

وتجدر الإشارة أنه يدخل ضمن مصاريف الشحن مصاريف الميناء وتشمل تعبئة البضاعة على ظهر السفينة ورصها وتثبيتها.

الملحق الفرعي الثاني

إرشادات عملية خاصة بكيفية تحرير العقود الدولية

- إرشادات عملية خاصة بكيفية تحرير العقود الدولية:

كيفية تحرير العقود :

عملية تحرير العقود تستدعي عدة ملاحظات لا تقل أهمية بعضها عن بعض وهذه الملاحظات قد تـــدرج في شكل إرشادات قد يستعين بها العاقد في تنظيم وترتيب أحواله ومن هذه الإرشادات ما يخص شكلية العقد الدولي إذ تتعلق بتبويبه ومنها ما يتعلق بتحرير بنود العقد الدولي ومضمونه وأهم إشتراطاته.

تكوين الملف:

كل عملية تتطلب حتماً تكوين ملف خاص بها على شكل حافظة كبرى يوضع على غلافها الخارجي إســـم العملية ورقمها وتدرج داخلها ملفات فرعية كل منها خاص بجانب من جوانب العملية.

ويقسم كل ملف فرعي بدوره إلى ملفات جزئية يخصص كل منها بجانب من جوانب العملية وأدق التفاصيل الجزئية.

وتماشياً مع منطق العملية فإن العمل يجب أن يبرمج ويحضر حسب متطلبات كل مرحلة:

أولاً: مرحلة الإعداد والإعلان عن العملية:

تتطلب هذه المرحلة:

1- تحديد موضوع التعاقد والتعريف المبدئي للأهداف وذلك بـــ:

- تشخيص العملية بدراسة الجدوى.
- وضع البدائل.
- تحديد الهدف الرئيسي ومكوناته.
- برمجة وسائل التنفيذ.
- مراقبة وتقييم النتائج في هذه المرحلة.

2- دراسة المحيط وذلك يشمل دراسة المحيط أي:

- دراسة السوق أي الإلمام بكل الآليات والميكانيزمات التي تتحكم في ذلك بتحليل نتائج النشاط ومتابعـــة الأعمال وتقييم المعاملات أو إعتماد الدراسات والتحاليل التي تقوم بها الهيئات والمكاتب المتخصصـــة أو بـــإجراء تحقيقات ودراسات خاصة أو كل هذه العوامل مجتمعة معاً.

3 - دراسة السلعة وذلك بـــ:

- دراسة دوائر وتوزيع اسلع وتقنيات الترويج والمنافسة.

معرفة المراحل والأطوار التي تكون عليها السلعة لضبط آليات التعامل معها، علماً إن السلع تمـــر في حياهـــا بخمس مراحل: مرحلة الدراسة والتجربة، مرحلة الترويج، مرحلة التعريف بالمنتوج وتطويره، مرحلـــة النـــضج، مرحلة الإشباع والتلاشي.

4- دراسة المنظومة التشريعية والتنظيمية وآثارها على العملية بإعتبارها الإطار الشرعي لكل الترتيبات وهي عالم من القوانين والأنظمة المتعددة والمختلفة لها علاقة وطيدة بـــ:

- طبيعة العملية.
- الميكانزمات المالية والجمركية.
- إلتزامات الأطراف المتبادلة.
- القانون الذي يحكم العقد.
- طرق تسوية وحل النزاعات الناجمة عن العقد الدولي.

للإعلان عن العملية يجب توخي الدقة ويجب الإعلان للشمولية والوضوح في تحديد المطلوب مـــن العمليـــة ومواصفاتها التقنية والشروط العامة لإنجازها والمدة الزمنية لصلاحية العرض وطرق التسليم والدفع بصفة عامة كل العناصر التي تمكن الطرف الآخر من إبرام العقد الدولي أو التفاوض بشأنه.

ثانيـــاً: مرحلة التفاوض:

تستوجب معرفة البيئة التي يتم التفاوض فيها وثقافتها وأنظمتها وتستلزم من القائم بها أخلاقيات:

- التصرف بحسن نية حسب ما تمليه مقتضيات التعامل.
- إجتناب التعسف في إستعمال الحق في قطع المفاوضات.
- إجتناب سحب العطاء قبل الآجال المحددة له.
- العمل على تمكين الأطراف الأخرى من المعلومات التي تحتاجها العملية التعاقدية.
- العمل على عدم عرقلة سير المفاوضات بالتغيب.
- إجتناب الوعود الكاذبة.
- تجنب الإضرار بمصالح الأطراف الأخرى.

ثم إن المفاوضات تتوج عادة بإعتماد المحررات، إتفاقات أولية، إتفاق حول الإطار العام،...وهـــي محـــررات خالية من الأثر القانوني الإجباري ومن ثم مراعاة الدقة والحذر في تحريرها بالتمهيد لها والنص بوضوح على أنهـــا ليست بالإتفاق النهائي.

ثالثـــاً: عقد الإتفاق النهائي:.

إذا كانت هناك إمكانية للإختيار بين عدة مترشحين يجب الأخذ بعين الإعتبار والموازنة بين العوامل المتعلقـــة بـــ:

- السعر.
- مدة التنفيذ.
- شروط التموين.
- الضمانات المالية وضمانات حسن التنفيذ.
- شروط دعم المنتوج.

- الصيانة والخدمات ما بعد التسليم.
- درجة التطور التكنولوجي.
- التكوين.
- التحويل الحقيقي للتكنولوجيا.

ويجب مراعاة المتطلبات الشكلية المتمثلة في تحرير العقد الدولي والتوقيع عليه.

تبويب أهم بنود العقد الدولي وصياغتها:

أهم البنود وترتيبها:

- عرض الأسباب
- المقدمة.
- أطراف العقد.
- الوثائق المرجعية.
- ضبط المفاهيم والعبارات المستخدمة.
- موضوع العقد.
- إلتزامات الأطراف.
- الضمانات الإتفاقية التشريعية.
- المسائل المتعلقة بالمطابقة والتأمينات.
- المسائل المتعلقة بالتنفيذ.
- آثار فسخ العقد.
- الإشتراطات المالية والضريبية.
- التعديلات المحتملة.
- القوة القاهرة.
- لغة العقد وعدد النسخ.
- القانون الواجب التطبيق.
- تاريخ دخول العقد حيز التنفيذ.
- طرق حل المنازعات.
- الإمضاء.

تحرير البنود العامة: ومنها:

المقدمة:

يجب إن تكون المقدمة واضحة ولا تتضمن أي إشتراطات فضلاً عن ذلك يجب إن تصاغ بدقة ولا تبعث على التأويل وبتعبير آخر الإعلان عن نية الأطراف واضحة والدور المخصص لكل طرف.

ضبط المفاهيم وتدقيق المصطلحات:

إذا ما كانت هناك مصطلحات تفيد أكثر من معنى أو ربما قد تبعث على التأويل فإنه من الضروريالنص على معناها في العقد على سبيل المثال يقصد بالخدمة في بنود هذا العقد الأعمال التي تدخل في تركيب الآلات وتمتد إلى الصيانة بعد تسليم المشروع وتشمل كذا وكذا وإلخ...ويقصد بالمشتري المؤسسة كذا.

موضوع العقد:

يذكر فيه أولاً بعنوان العقد ومقدمته ثم يتم بعدها تحديد الخطوط العريضة لإتفاق الأطراف بصيغ واضحة.

إلتزامات الأطراف:

وهذه تختلف من عقد إلى آخر حسب ما إتفق عليه الأطراف إلا أنه يجب مراعاة جانب الحيطة لتفادي الوقوع في تناقض مع العناصر السابقة أو إستعمال صيغ وألفاظ لها خلفيات في مدلولها فالبدء أولاً بتحديد إلتزامات الطرف الآخر تحديداً دقيقاً وصياغتها في قالب يدل دلالة قطعية على ما ينتظر منه، فإذا كان الموضوع سلع توجب تحديدها أو الإحالة على الوثائق المرجعية التي تبين نوعيتها وإذا كان موضوع العقد خدمات تبين نوعها والأشخاص والهيئات الموكل لها القيام بها تحديد الكيفية والنوعية والذهاب إلى أبعد من ذلك في بعض المسائل كالخدمات في المطاعم وأعمال الفندقة بإشتراط مواصفات خلقية في الأشخاص.

المراقبة:

النص على الرقابة في كل مرحلة من مراحل تنفيذ الإلتزام.

الضمانات:

- التأكيد على الوسائل المادية والقانونية التي تؤكد تنفيذ العقد وفي حالة عدم الوفاء الأمكانيات الفعلية للتعويض.
- النص على جزاء تخلف أحد الإشتراطات وإمكانية رفض المواد والخدمات جزئياً أو كلياً مع ضمانات التعويض والإستبدال على نفقة الأطراف المخل بإلتزاماته.
- توضح طرق حل النزاع والقانون الواجب التطبيق.

ملاحظة: بعض المسائل تعتبر أساسية في تحرير العقود الدولية ومن بينها مسألة اللغة التي يجب أن تولي لها عناية خاصة وهذا لا يمنع من إستعمال الترجمة إلا أنه لابد من التأكيد على اللغة المعتمدة في تحري العقد.

الملحق الفرعي الثالث

نماذج محررة من العقود الدولية

- نماذج محررة من العقود الدولية:

نموذج تقييم وعطاء

إسم المقدم العطاء وعنوانه التجاري:

أنا الممضي أسفله (إسم وعنوان مقدم العطاء، إسم الشركة والمؤسسة التي يمثلها عنوانها التجاري، عنوان مقرها الرئيسي ورقم تسجيلها في السجل التجاري أن وجد...............إلخ).

بصفة هذه وبعد الإطلاع على كل المستندات المتعلقة بموضوع العقد وبعد إن قدرت الوضـــع وتحـــت مسؤوليتي أتعهد وألتزم..................طبقاً لدفاتر الشروط........و.......) وبسعر أقصاه (المبلغ). و..........أدناه(.................).

وإن هذه المبالغ مودعة لدى البنك........................بإســـم الـــشركة..................رقـــم الحساب.........................

إن المؤسسة التي أمثلها تباشر مهامها وفقاً لأحكام القانون الساري المفعول وأنها لم تقـــع تحـــت طائلـــة الممنوعات التي نص عليها.

التاريخ:

الإمضاء:

نموذج لعقد تأمين لنظام شركة LLOYDS البريطانية

الشروط العامة

هيئة خاصة خاضعة لأحكام المرسوم التشريعي الصادر بتاريخ 1938/06/14 فيما يتعلق بالعقود الهيئة المبرمة أو الواجبة التنفيذ بفرنسا.

ممثلها العام والوحيد بفؤنسا-برنارد كنكود- 69 نهج فرتكلان روزفلت 75008 بباريس

عقد مكتتب من قبل وسطاء معتمدين لدى LLOYDS

تأمين الإستثمارات الدولية

شركة مساهمة للتأمينات

رأس مالها 100.000 ف.ف

91 شارع فبور سانت أونوري—Faubourg Sint Honore- 75008 بباريس

عملاً بأحكام الترخيص رقم 555 الممنوح من قبل بعض المكتتبين لدى LLOYDS بلندن والـــذين توجد أرقام إنخراطهم بالنقابة ونسب مشاركتهم في الضمان مدونة في العقد المتضمن الشروط الخاصة،يلتزم هؤلاء المكتتبون كل على حدى وليس بالتضامـــن أو الواحـــد عوض الآخـــر، ، ويلزمون ورثتهم ومنفذي وصيتهم و مسيري أعمالهم بتغطية المخاطر المبينة أدناه طبقاً للشروط العامة والشروط الخاصة التالية:

توجد كل التصريحات بالمخاطر الخاضعة لأحكام هذا العقد إلى العنوان التالي:

(تأمين الإستثمارات الدولية، 91 شارع فبـــور ســـانت أونـــوري- Faubourg Sint Honore – 75008 بباريس، الهاتف 266.66.66).

المادة 01:

يخضع هذا العقد لأحكام القانون المؤرخ في 1930/07/30 وكذا أحكام المراسيم الصادرة على التوالي في 1938/12/14 وكذا الشروط العامة والخاصة المبينة أدناه، يشمل ويمتد إختصاص المحاكم الفرنسية كل التراعات المتعلقة بتنفيذ هذا العقد، على المؤمنين إن ينتخبوا عنوانهم بمدينة باريس لدى ممثلهم العام والوحيـــد المشار إلى عنوانه في هذا العقد ويقبلون بالمثول أمام المحاكم المبينة أعلاه ويتنازلون عـــن حقهـــم في اللجـــوء والتقاضي أمام القضاء الإنجليزي.

الضمانات

المادة 02:

يضمن هذا العقد ضياع و/أو الخسائر التي تلحق الأموال المؤمن عليها والناتجة مباشرة عن الأفعال التالية:

الإستيلاء، التأميم، نزع الملكية، الحجز، التملك، التسخير، الإتلاف العمدي لهذه الأموال نفسها أو عقود ملكيتها من قبل أو بناء على أمر من الحكومة (سواء كانت مدنية أو عسكرية أو حكمية) و/أو مـــن قبـــل السلطة العامة أو المحلية للبلد الذي تتواجد فيه الأموال المؤمن عليها طبقاً لأحكام هذا العقد.

الإستبعاد

المادة 03:

يستبعد تطبيق أحكام هذا العقد على ضياع الأموال أو الخسائر:

- الناتجة بناء أو أمر من الحكومة الفرنسية.
- الناتجة بناء أو أمر من حكومة غير معترف بها كحكومة للبلد الذي تتواجد على إقليمها الأموال المؤمن عليها، ويقع عبء الإثبات على المؤمنين إن هذه الحكومة غير معترف بها في الوقت الذي وقعت فيه الخسائر.
- الناتجة لبواخر في عرض البحار.
- الناتجة مباشرة أو غير مباشرة من جراء:

حرب أجنبية، إجتياح، عدوان خارجي (سواء كانت الحرب معلنة أم لا)، حرب أهلية، التمرد، الثروة، سواء كانت السلطة عسكرية أو سلطة مغتصبة ويقع عبء الإثبات على المؤمنين بأن الخسائر ناجمة عن حرب ويقع عبء إثبات العكس على المؤمن له.

- الناتجة عن أسباب متعلقة بالصرف أو النقد سواء كان هناك قرار من المحاكم أو أية سلطة قضائية أخرى.
- الناتجة عن ممارسة حق الحيازة الذي يستظهر به حامل أي سند مصدره إلتزام تعاقدي.
- الناتجة عن أي إلتزام تعاقدي الذي يمكن إن يكون المؤمن له طرفاً فيه.

مدة العقد

المادة 04:

يتم إكتتاب العقد للآجال المنصوص عليها بموجب الشروط الخاصة.

فسخ العقد

المادة 05:

يمكن فسخ العقد من قبل المؤمن في حالة إرتفاع حجم الخسائر من جراء تغيير طبيعة النشاط المصرح به من قبل المؤمن له أو قيمة الأموال المؤمن عليها وكذا في حالة إغفال أو عدم مطابقة تصريحات المؤمن له للخسائر المؤمن عليها.

ومن قبل المؤمن له في حالة مطالبته بالتسوية الودية وفي حالة الإفلاس وفي حالة الحكم بالتسوية القضائية وتصفية أمواله.

كما إن العقد يفسخ بقوة القانون عندما يصرح المكتتبون بالسحب الكلي للإعتماد الممنوح للمؤمن ويسري الفسخ في اليوم الأربعين من تاريخ نشر القرار المتضمن التصريح بسحب الإعتماد في الجريدة الرسمية، للمؤمن لهم الحق في إسترجاع الأقساط المدفوعة بعنوان الفترة التي تلي سحب ضمان المكتتبين.

التصريح بالمخاطر

المادة 06:

يتم إعداد العقد بناء على التصريح المقدم والممضي من قبل المؤمن له بموجب الإستمارات التي يقدمها المؤمن.

التصريح بالتأمينات الأخرى

المادة 07:

لا يضمن هذا العقد الخسائر التي تلحق الأموال المؤمن عليها بموجب تأمينات أخرى إذا كانت هذه التأمينات تشمل نفس التغطية والتي كان على المؤمن له إن يصرح بها للمؤمن.

تاريخ سريان العقد

المادة 08:

يسري هذا العقد إبتداءاً من التاريخ المبين في الشروط الخاصة وبعد إن يقوم المؤمن له بدفع القسط المتفق عليه للمؤمن.

التصريح بالمخاطر وتسويتها

المادة 09:

يجب التصريح للمؤمن تحت طائلة سقوط الحق في التعويض بكل خسارة أو ضياع خاضع لتغطية هذا التـــأمين أو كل حادث من شأنه إن يؤدي إلى المطالبة بالتعويض طبقاً لأحكام هذا العقد لدى وقوعه أو على الأقـــل 05 أيام من علم المؤمن له به.

تسوية مبلغ التعويض

المادة 10:

تتم تسوية مبلغ التعويض بعد الإتفاق على مقداره أو بعد صدور حكم قضائي يقضي به.

أحكام متفرقة

المادة 11:

تتقادم الدعوى ويسقط الحق في المطالبة بالتعويض بعد مضي سنتين من وقوع الحادث إذا لم يحرك المؤمن لـــه إجراءات تسوية مبلغ التعويض.

نموذج لعقد تأمين للشركة الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية COFACE
المقر الإجتماعي 32 شارع ماربوف باريس 08

تم إنشاء الشركة بموجب المرسوم 1392/46 بتاريخ 1946/06/01 والمتضمن تطبيق أحكام المادة 17 من قانون 1945/12/02 لمعدل بموجب أحكام المرسوم رقم 1076/49 بتاريخ 1949/08/04 والمرسوم رقم 317/57 بتاريخ 1957/03/16 والمرسوم رقم 1074/63 بتاريخ 1963/10/25 والمرسوم 380/64 بتاريخ 1964/04/25 والمرسوم رقم 342/67 بتاريخ 1967/04/12.

الشروط العامة

ضمان إعتمادات مالية، نمط: PR من المرجع: AG.20.A ، تأمين فردي.

لا يخضع هذا التأمين لقانون العام للعقود ولا تسري عليه أحكام القانون المؤرخ في 1930/07/30.

الشركة الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية 552068791.00010APE 8802 شركة مساهمة رأسمالها 10.000.000 ف.س.ي، باريس. العنوان التلغرافي:
ASSXPORT باريس تلكس 650342.

الفصل الأول

مجال التأمين

المادة 01 تعريف مخاطر القرض:

تعرف مخاطر بإستحالة المؤمن له على تغطية كل أو جزء من الدين، إن تكون هذه الإستحالة ناتجة مباشـــرة وبصفة قطعية عن أحد الأفعال المبينة في المادة 02 أدناه.

المادة 02:

الأفعال التي تترتب عنها مخاطر القرض:

أ- تقاعس المدين.

ب- العجز المالي للمدين.

ويتمثل عجز المدين في قدرته بصفة نهائية، المبينة قانوناً، في مواجهة كل أو جزء من الإلتزامات المترتبة في ذمته.

ويكون هذا العجز ناتج عن:

- عمل قضائي يرتب نفس الآثار كالحكم القاضي بالإفلاس أو التسوية القضائية كما هما مبين في القانون الفرنسي.
- عقد صلح غير قضائي في مواجهة كل الدائنين.
- وضعية تسمح للشركة من الإستنتاج بأن الدفع ولو كان جزئياً أو تدابير التنفيذ الجبري خاصة إشهار المـــدين قضائياً لا تسمح إلا بتغطية ضئيلة بالنسبة لمصاريف جدولة الدعوى.

ج- إعفاء عام مؤقت صادر عن حكومة المدين أو بلد كان من المفروض إن يتم الدفع بواسطة أحد هياكله.

د- كل عمل أو قرار حكومي لبلد أجنبي يعيق تنفيذ محل الضمان.

ه- الأحداث السياسية والصعوبات الإقتصادية خارج التراب الفرنسي أو الإجراءات التشريعية أو الإدارية التي تمنع تحول جون تنفيذ تحويل الأموال لفائدة المدين.

و- نشوب حرب (أهلية أو أجنبية) خارج فرنسا أو ثروة أو إضطراب أو فياضانات أو زلازل أو ثوران براكين أو إعصار.

المادة 03:

مدة ترتيب المخاطر:

تكون مدة ترتب المخاطر كالتالي:

أ. تقاعس المدين: ثمانية أشهر بعد حلول أجل قسط من الدين الذي لم يسدد.

ب. العجز المالي المدين: ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد في حالة تسوية غير قضائية وفي حالة إجراءات مماثلة لشهر الإفلاس من تاريخ ترتيب مبلغ الدين غير المسدد في ذمة المدين.

وفي حالة معاينة إعسار المدين من قبل الشركة من تاريخ إمضاء قرار الشركة.

ج. المخاطر المبينة في الفقرات ج،د، و، ستة أشهر من تاريخ حلول أجل الدين.

د. المخاطر المبينة في الفقرة هــ، ستة شهر من تاريخ إتمام إجراءات تحويل الأموال.

المادة 04:

تاريخ سريان الضمان:

الفقرة 1:يسري أثر الضمان تدريجيا وتماشياً مع إستخدام القرض من قبل المدين ويمتد حسب القيمة المبينة في طلب التأمين من قبل المؤمن له على النحو التالي:

- على المبلغ الإجمالي للدين حسب إستعماله.
- على فوائد الدين بإستثناء فوائد التأخير.
- على مبلغ عمولة البنك.

الفقرة 2: وفي حالة وقوع فعل من الأفعال المبينة في المادة 02 أو تهديد بحدوثها فإن الشركة تحتفظ بحقها في تعديل أو إيقاف أو مخاطر الدين الذي لم يحل بعد أجله أو أصبح ساري المفعول.

المادة 05:

الأقساط المضمونة والحد الأقصى للتعويض:

الفقرة 1: الأقساط المضمونة لا تعوض الخسارة التي تلحق بالمدين إلا في حدود الأقساط المضمونة كما هو محدد في الشروط الخاصة للتأمين.

يتعهد المؤمن له بأن لا يقوم بالتأمين على الأقساط الغير مؤمن عليها والمتروكة على عاتقه.

الفقرة 2: الحد الأقصى للتعويض لا يتجاوز الحد الأقصى للتعويض الذي يمكن إن تقدمه الشركة الحد الأقصى للتعويض المحدد في الشروط الخاصة للتأمين.

الفصل الثاني:
إلتزامات المؤمن له

المادة 06 تسيير المخاطر:

الفقرة 01:

عموميات:

يلتزم المؤمن له بالتصريح بكل الوقائع والظروف المعروفة لديه والتي من شأنها إن تسمح للشركة من تقدير المخاطر التي تضمنها.

الفقرة 2:

التصريح بأجل الإستحقاق، تبليغ إستعمال القرض.

أ. على المؤمن له أن يقدم للشركة في غضون 30 يوماً التي تلي تسليمه وثيقة التأمين تصريح يسمى- التصريح بحلول أجل الإستحقاق- يتضمن على الخصوص وعلى سبيل التقدير تاريخ وقيمة المبالغ التي سيدفعها المدين في حالة الإستعمال للمبلغ كله يجدد هذا التصريح خلال العشرة أيام من الشهر الموالي للشهر الذي تم فيه إستخدام مبلغ القرض.

ب. على المؤمن له خلال كل عشرة أيام التالية لإستخدام القرض من قبل المدين أن يبلغ الشركة بذلك مع توضيح على الخصوص:

- مقدار المبلغ المدفوع من قبل المؤمن له حساب المدين.
- نتاريخ وقيمة المبلغ المسدد (المبلغ الرئيسي والفوائد).

ج. تقدم الشركة إستمارات لإتمام العمليات المبينة أعلاه.

الفقرة 03:

المراقبة: يلتزم المؤمن له بـــ:

- موافاة الشركة، بطلب من هذه الأخيرة بكل الوثائق المتعلقة بالعقد محل الضمان ويمدها بنسخ مصادف عليها منها.
- تمكين الشركة من كل مراقبة ترغب فيها سواء من قبل أعوانها أو أشخاص آخرين موكلين من قبلها وذلك بهدف مراقبة جدية ومصداقية التصريحات التي تقدم بها .

الفقرة 04:

المحافظة على مبلغ الدين:

- يلتزم المؤمن له بعمل كل ما في وسعه للمحافظة على مبلغ الدين.
- لا يمكن للمؤمن أن يقوم بأي تعديلات على الشروط المتفق عليها دون ترحخيص مسبق من الشركة.

الفقرة 05:

التهديد بالمخاطر:

- يلتزم المؤمن له بأخطار الشركة بكل حادث أو صعوبة يلتزم المؤمن له بأخطار الشركة في غضون عشرة أيام من عمله بكل حادث أو واقعة من شأنها أن تحول دون تنفيذ العقد محل الضمان.
- المؤمن له مطالب بالإمتثال لتعليمات الشركة لتفادي أو التقليل من حجم الخسارة ويمتنع عن تنفيذ العقـــد في حالة تطبيق الشركة لأحكام الفقرة الثانية من المادة 04 أعلاه.

المادة 07: التصريح بالمخاطر:

دفع التعويضات مرهون بتقديم المؤمن له تصريحاً بالمخاطر للشركة في حالة وقوع مخاطر بمفهوم المادة 03.

- يجب أن يبين التصريح مقدار الخسارة التي يطالب المؤمن له تعويضها ويكون التصريح مدعم بكل الوثـــائق-الثبوتية.
- لا يقبل التصريح بالمخاطر إلا إذا كان التصريح بالتهديد بالمخاطر المبين في الفقرة 05 من المادة 06 أعلاه قد بلغ للشركة في الآجال المحددة.

المادة 08: قسط التأمين:

الفقرة01:

المقدار:

مقدار قسط التأمين مبين بموجب الشروط الخاصة؟.

الفقرة 02:

طرق التسديد:

تسدد الأقساط في غضون عشرة أيام الموالية لتبليغ الشركة الوثائق المبينة في الفقرة 02 من المادة 06.

الفقرة 03:

أدنى قيمة للقسط:

تقدر أقل قيمة للقسط بـــ 200ف ويدفع هذا المبلغ بإمضاء لمؤن له للعقد.

الفقرة 04:

لا يمكن إجراء أي مقاصة لتأجيل تسديد الأقساط.

المادة 09 جزاء الإخلال بالإلتزامات التعاقدية:

كل تأخير في التبليغ عن إستعمال القرض المنصوص عليه في الفقرة 02 من المـــادة 06 يـــؤدي إلى تطبيـــق جزاءات مالية.

- تخصم الجزاءات عن كل شهر تأخير وبالنسبة لكل تبليغ بمقدار:
  - 300ف بالنسبة للعقود لا يتجاوز مبلغها 50.000.000ف.
  - 400ف بالنسبة لعقود التي يتراوح مقدارها ما بين 50.000.000- 100.000.000ف.
  - 500ف بالنسبة للعقود التي يتجاوز مقدارها أكثر من 100.000.000ف.

- يسقط الضمان إذا لم يقم المؤمن له بدفع مبلغ الدين المترتب عليه في الآجال المحددة وبعد إخطاره من قبل الشركة برسالة مضمنة.
- ترفع نسبة الفائدة إلى 06% في حالة التأخر لمدة خمسة أشهر متتالية.
- يؤدي الإخلال بالأتزامات في المادة 06 والمادة 07 إلى إلغاء الضمان بالنسبة للأقساط المعينة.
- كل عملية من شأنها إخفاء الحقائق أو تغليط الشركة ودون إخلال بحقها في المطالبة بالمتابعات القضائية، تؤدي إلى سقوط الضمان، وإذا كان المؤمن له قد تحصل على التعويضات فيلزم بردها للشركة.

الفصل الثالث

التعويضات

المادة 10 المبادئ العامة:

الفقرة 01:

تعويض الخسائر الناتجة عن:

- تطبيق عقوبات جزائية ضد المؤمن له مصدرها أحكام العقد محل الضمان والرامية إلى الحد من حقوقه (شرط الفاسخ، الإشتراطات الجزائية، القوة القاهرة،...إلخ).
- عدم إتمام الإجراءات والإشتراطات التعاقدية من قبل المؤمن له أو من يقوم بتوكيلهم محله.
- عدم تنفيذ االإلتزامات التي يتطلبها تطبيق القانون الفرنسي للتجارة الخارجية من قبل المؤمن له أو شركائه.

الفقرة 02:

عندما تكون المخاطر ناجمة عن الأفعال المبينة في الفقرة –د– من المادة 02 يتعين على المؤمن له أن يثبت بأنه قام بإتمام الإجراءات الخاصة بتحويل الأموال.

الفقرة 03:

لا يمكن أن تواجه الشركة بأي حكم من أحكام العقد محل الضمان والقاضي بإسنحقاق مسبق للأقساط التي لم يحل أجلها في حالة إخلال المدين بإلتزاماته.

الفقرة 04:

عندما يتم ضمان إلتزامات المدين تجاه المؤمن له كلها أو في جزء منها من قبل الغير فلا تكون مخاطر إلا في الحدود التي:

- يكون المؤمن له عاجز بسبب حدوث فعل من الأفعال المبينة في المادة 02 عن تنفيذ إلتزاماته.
- يكون المؤمن له قد قام بإنتظام بإتمام الإجراءات الضرورية لقيام بتعهدات المكتتبين من قبل الضامنين كما هي مبينة في عقد الضمان وبموجب أحكام التنظيم الساري المفعول في البلد أو البلدان المعينة

الفقرة 05:

تدخل المبالغ التي يتقاضاها المؤمن له بعنوان التأمينات الخاصة بالدين محل الضمان ضمن حساب الخسائر، وإذا كانت هذه التأمينات تمتد إلى دين غير مضمون فتقسم حسب نسبة كل مبلغ.

المادة 11:

الحلول محل المؤمن له:

تمارس الشركة كل الصلاحيات محل المؤمن له في حالة حدوث تهديد بالمخاطر.

المادة 12:

مصاريف التحصيل والمنازعات:

- يتحمل المؤمن له مصاريف التحصيل والمنازعات.
- ويمكن أن تتحمل الشركة بموجب إتفاق وبموافقتها القبلية وفي حدود الأقساط المضمونة مصاريف المنازعات لتفادي الخسارة أو التقليل منها.

المادة **13 : مخاطر القرض:**

الفقرة 01:

آجال وشروط دفع التعويضات:

تدفع التعويضات في غضون ثلاثين يوماً التي تلي ترتب المخاطر، وإذا كان التصريح والوثائق الثبوتية لحق المؤمن له قد تم إرسالها للشركة كما هو مبين في المادة 07، ويخضع دفع التعويضات إلى:

- تنفيذ المؤمن له للتعليمات الخاصة بممارسة الحقوق المتعلقة بالدين محل الضمان.
- تقديم المؤمن له لتصريح يشهد أنه أمر البنك بالدفع مباشرة للشركة الأقساط التي تعود لها على الإسترجاع المبين في الفقرة 02 من المادة 16

الفقرة 02:

تعويض المخاطر التي لا ترجع إلى عجز المدين (الفقرة أ، ب، ج، د، هـ، و من المادة 02).

أ- **حساب الخسارة:** تحسب الخسارة بالنسبة لكل قسط مضمون من الدين وتتكون من مبلغ القسط الذي لم يسدد، ينقص منه عند الإقتضاء.

- المبالغ التي تكون قد دفعت لمؤمن له أو الغير.
- مبلغ المصاريف التي لم يدفعها المؤمن له.

إذا كان المحرر بعملة أجنبية يتم التحويل إلى الفرنك بالسعر الجاري بتاريخ حلول الدين، دون أن يزيد على السقف المحدد في الشروط الخاصة.

ب- **حساب التعويض:** يحسب التعويض بالنسبة لكل دين بتطبيق الأقساط المؤمن عليها على الخسارة الناجمة إذا ترتبت مخاطر ناجمة عن عجز المدين حسب الشروط المحددة في الفقرة 02 من المادة 03 يلغي الضمان.

الفقرة 03:

تعويض الخسائر الناجمة عن عجز المدين (الفقرة ب من المادة 02).

أ- **حساب الخسارة:** تساوي التي تستحق التعويض رصيد المدين في الحساب الخاص بالخسائر المبينة أدناه بتاريخ ترتب المخاطر.

ب- **الحساب الخاص بالخسارة:** يتضمن الحساب الخاص بالخسائر:

- **بعنوان المديونية:** مبلغ كل الأقساط محل الضمان التي لم تسدد.

- **بعنوان الدائنية**: قيمة المبالغ التي تسند إلى المستحقات المعنية والمدفوعة للمؤمن له من قبل الـدائن أو الغـير خاصة:

- التسبيقات وحصة الأرباح:
- ناتج تحقيق التأمينات أو الضمانات المرتبطة بهذه المستحقات وكذا الحقوق والقيم مقدار المصاريف التي لم يسددها المدين بسبب المخاطر.

ج- **حساب التعويض**:يتم حساب التعويض بتطبيق الحصة المضمونة بحساب المـدين في الحـساب الخـاص بالخسائر وينقص منها إقتضاء التعويضات التي تم تسديدها لمؤمن له.

المادة 14: إسترداد التعويضات:

إذا ثبت بعد دفع التعويض أن الخسائر لا تدخل ضمن المخاطر المغطاة وأنه لو تم تطبيـق الـشروط العامـة والخاصة لما تم تحريك الضمان، يسترد المؤمن له المبالغ التي قبضها في أجل عشرة أيام من تاريخ تبليغ الأمر بالدفع الموجه له من قبل الشركة.

المادة 16: الإسترداد:

الفقرة 01:

يمتد الإسترداد إلى كل مبلغ تم دفعه لاحقاً بمناسبة التصبيح بالتهديد بالمخاطر من قبل المدين أو بأي عنـوان آخر للعقد محل الضمان، وبالنسبة للشركة فإن هذه المبالـ موجهة لـو مبالغ الدين القديمة حسب ترتيب تاريخ إستحقاقها، غير أنه إذا كان العقد يجمع بين عدد من المقرضين وكانوا مؤمنين فإن المبالغ المعنية تأتيت لإسـتهلاك الدين الذي أستأذن بموجبه المدين من قبل كل واحد منهم الحق في القسط المستحق بنسبة مقدار دينه.

الفقرة 02:

يتم إقتسام المبلغ المسترد بين الشركة والمؤمن له وتحدد الشركة بتوزيع المبلغ المسترجع على مبلـغ التعـويض ومبلغ الدين.

الفصل الرابع

أحكام متفرقة

المادة 17: فسخ التأمين:

يفسخ التأمين بقوة القانون في الحالات التالية:

- إنتهاء النشاط.
- الإفلاس.
- التسوية القضائية.
- إبرام إتفاق ودي مع الدائنين لتفادي إشهار الإفلاس.

يسري الفسخ من تاريخ إنهاء النشاط أو الإفلاس أو التسوية القضائية أو إبرام الإتفاق مع الـــدائنين لتفـــادي إشهار الإفلاس.

لا تمتد آثار الفسخ للضمان الذي يكون قد رتب آثاره بمفهوم المادة 04.

المادة 18: نقل حقوق التعويض:

يمكن للمؤمن له أ ن ينقل حقوقه في التعويض لفائدة الغير كحقوق ملكية أو كضمان.

المادة 19: الإختصاص القضائي:

تخضع النزاعات الناتجة عن تطبيق التأمين بإتفاق صريح المحاكم المختصة لعمالة باريس.

فهرس المحتويات